REVISTA JURÍDICA DA FA7

FA7 LAW REVIEW

Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro

ISSN 1809-5836 (Impresso)
ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XXI	n. 1	jan./abr.	2024	212 p.

Catalogação na Fonte

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.21, n. 1 (jan./abr. 2024) — Fortaleza: UNI7, 2024 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

Revista Jurídica da FA7 / FA7 Law Review

Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro
periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/ |revistajuridica@uni7.edu.br

ISSN 1809-5836 (Impresso)
ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Editor-Chefe
Prof. Dr. Álisson José Maia Melo
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Editor-Adjunto
Prof. Dr. Ramon de Vasconcelos Negócio
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Conselho Editorial
Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján
Universidade Autônoma de Madri, Espanha

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero
Universidade da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

Prof.ª Dr.ª Eliane Moreira
UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovani Luchetti
Universidade de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco
USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati
UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.ª Dr.ª Larissa Maria de Moraes Leal
UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.ª Dr.ª Laura Souza Lima e Brito
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.ª Dr.ª Liziane Paixão Silva Oliveira
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.ª Dr.ª María José Bravo Bosch
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.ª Dr.ª Maria Vital da Rocha
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Prof.ª Dr.ª Rosângela Lunardelli Cavallazzi
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.ª Dr.ª Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Centro Universitário 7 de Setembro

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante
CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone: (+55.85) 4006.7600

Programa de Pós-Graduação em Direito

Coordenador
Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

Área de Concentração
Relações privadas, sociedade e desenvolvimento

Linha de pesquisa 1
Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento

Linha de pesquisa 2
Relações privadas, mercado e desenvolvimento

Apresentação

A Revista Jurídica da FA7 / *FA7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de "Relações Privadas e Desenvolvimento", área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da UNI7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica. A partir de 2020, para atender ao volume de submissões, tomou-se a decisão de reduzir a periodicidade, passando a revista a ser quadrimestral.

Posiciona-se atualmente no estrato A2, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2020).

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este é mais um número em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 9 (nove) artigos, todos submetidos à avaliação de pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo

Editor-Chefe

Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A UNI7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: revistajuridica@uni7.edu.br.

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs* 4.0, com a condição "Atribuição" (CC BY 4.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.

Sumário

Revista Jurídica da FA7

FA7 Law Review

v. XXI, n. 1, jan./abr. 2024

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

FILOSOFIA MORAL OU DO SENSO COMUM ESCOCESA E LIÇÕES PARA OS DIAS ATUAIS

Denis Rodrigues 13

Scottish moral or common sense philosophy and lessons for the present days

***ENVIRONMENTAL, SOCIAL, AND GOVERNANCE* (ESG) E A CONSENSUALIZAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS AMBIENTAIS**

Caio Brutton 33

Magno Federici Gomes 33

Environmental, Social, and Governance (ESG) and the consensus of environmental administrative acts

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Alan Benvenutti 45

Carlos Alberto Lunelli 45

Environmental Taxation: Extrafiscality as A Guarantee Instrument For The Ecologically Balanced Environment

(IN)APLICABILIDADE DO ADÁGIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NA DECISÃO DE PRONÚNCIA: CRÍTICAS À POSTURA NEOPRAGMATISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA DOUTRINA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha 57

Cássius Guimarães Chai 57

(In)applicability of the adage in dubio pro societate in the pronunciation decision: criticism of the neopragmatic posture of the Brazilian Federal Supreme Court in the light of Ronald Dworkin's doctrine of law as integrity.

A TRANSAÇÃO ENTRE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS FEDERAIS E PRECATÓRIOS COMO MEIO AUTOCOMPOSITIVO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: APONTAMENTOS APÓS A LEI Nº 14.375/2022

Fabiana Marion Spengler 69

Márcio Dutra da Costa 69

Settlements between federal tax debts and precatories as alternative dispute resolution: notes after rule n. 14.375/2022

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA PERMUTA DE IMÓVEIS REALIZADA POR PESSOA JURÍDICA TRIBUTADA PELO LUCRO PRESUMIDO E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE *INTER-PARTES*

Luiz Dias Martins Filho 81

Jorge Renato dos Reis 81

Tax aspects of the exchange of real estate carried out by a legal entity taxed by the presumed profit and the implementation of the principle of solidarity between parties

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Romeu Thomé.....97

Marcelo Santoro Drumond.....97

The protection of the working environment from the jurisprudence

O IMPACTO DA POLÍTICA FISCAL SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Fernanda de Holanda Paiva Nunes.....109

Joedson de Souza Delgado.....109

The impact of tax policy on human rights

A ADOÇÃO NO DIREITO PRIVADO GRECO-ROMANO

Tiago Seixas Themudo.....121

Maria Vital da Rocha 121

The adoption in greco-roman private law

FILOSOFIA MORAL OU DO SENSO COMUM ESCOCESA E LIÇÕES PARA OS DIAS ATUAIS

Denis Rodrigues
Universidade Federal do Pará (UFPA), Pará.
denisrod@gmail.com

Resumo: O presente artigo objetiva, a partir da exposição da obra de pensadores ligados ao iluminismo escocês, contribuir para a reflexão e estudo de temas de relevância atual ligados à searas do conhecimento como o direito em geral, e o direito privado em particular. Para elaboração desta análise fez-se uma busca de dados em obras dos autores supracitados e de doutrinadores da área. Em função de muitas destas obras serem originais em inglês, foi necessário, em regra, se expor a tradução dos textos analisados, devendo quaisquer erros relativos a tal, ser creditados a este autor. Em função da constante atualidade e relevância dos temas expostos nas obras destes pensadores; tais como o direito e a moralidade, acredita-se ser uma contribuição para os estudos de hoje este resgate histórico. É importante destacar que, não obstante terem origem em uma específica nação e em um específico período de tempo, as reflexões apresentadas revelam uma importância atemporal e universal. Esta pesquisa ora desenvolvida revelou doutrinas de extrema valia obtidas em bancos de dados confiáveis e do subsequente esforço de leitura das obras daí obtidas. Espera-se que esse resgate histórico supramencionado contribua para a busca e o conhecimento destes legados tão caros e relevantes para a generalidade da doutrina e prática do direito e da moral, campos do conhecimento que têm exigido um constante e permanente estudo, em vista das demandas e dos desafios de ordem social característicos dos tempos atuais.
Palavras-chaveS: Direito. Filosofia moral. Senso comum. Ceticismo. Iluminismo. Escócia.

Scottish moral or common sense philosophy and lessons for the present days

Abstract: This article aims, from the exposition of the work of thinkers linked to the Scottish Enlightenment, to contribute to the reflection and study of topics of current relevance linked to fields of knowledge such as law in general, and private law in particular. For the elaboration of this analysis, a data search was carried out in works by the aforementioned thinkers and equally on writers in the area. Due to the fact that many of these works are originals in English, it was necessary to expose the translation of the analyzed texts, and any errors related to this should be credited to this author. Due to the constant relevance of the themes exposed in the works of these thinkers; such as law and morality, this historical rescue is believed to be a contribution to today's studies. It is important to highlight that, despite having originated in a specific nation and in a specific period of time, the reflections presented reveal a timeless and universal importance. This research now developed revealed extremely valuable doctrines obtained from reliable databases and the subsequent effort to read the works obtained therefrom. It is hoped that this historical rescue mentioned above will contribute to the search and knowledge of these legacies so important and relevant to the generality of the doctrine and practice of law and morality, fields of knowledge that have needed a constant and permanent study, in view of the demands and the challenges of a social order of the current times.
Keywords: Law. Moral philosophy. Common sense. Scepticism. Enlightenment. Scotland.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em iluminismo, em regra grande parte das pessoas associa esta terminologia a um movimento intelectual proveniente da criação de pensadores de origem francesa. Na verdade, porém, historicamente houve outros iluminismos, com sua característica básica de apresentar autores que elaboraram construções teóricas relativas à uma nova ordem sócio-político-jurídica para a sua respectiva nação.

Ainda no arcabouço de um iluminismo, verifica-se que, associada àquelas reflexões, em regra identificam-se movimentos de ordem revolucionária. Assim, se na França houve a revolução de 1789; na Grã-Bretanha cita-se a Revolução Gloriosa; e nos Estados Unidos o movimento de independência.

Seguindo este raciocínio, o que se vislumbra no relativo a estes três iluminismos; é que, não obstante suas características próprias (fruto de contingências locais e inclinações das personalidades dos vultos envolvidos), cada um possui uma equivalente importância no processo histórico da formação do que alguns autores chamam de modernidade, com seus méritos e suas críticas. E, além disso, as criações do pensamento sócio-jurídico-filosófico dos movimentos inglês e americano são em grande parte, inclusive, anteriores ao seu equivalente francês.

No relativo especificamente ao iluminismo britânico, não obstante o extremo valor e relevância do tido na Inglaterra; destaca-se igualmente de forma pronunciada a criação do pensamento de vários autores originados da Escócia, propiciando o que se consagrou chamar de *scottish enlightenment*, ou seja, iluminismo escocês.

O iluminismo escocês é histórica e notadamente localizado em regra, no século XVIII, centúria esta que se inicia na história da Escócia, pouco depois da eclosão da revolução gloriosa, que, como dito anteriormente, atingiu toda a Grã-Bretanha. Neste estado de coisas, a Escócia passa a dividir uma união sócio-política com a Irlanda e a Inglaterra no alvorecer do século supracitado, ficando o trono real comum estabelecido nesta última.

Roger Emerson procura expor esse contexto histórico, no olhar da sociedade escocesa, e acaba por oferecer um relato que de certa forma explica, pelo menos em parte, o porquê da efervescência intelectual da Escócia naqueles dias: "Scotland had a complex religious-political-economic context which changed markedly between c. 1680 and 1800" (EMERSON, 2003, p. 11). Nesta situação, "scots were forced by worsening conditions towards the end of the seventeenth century to discuss the long list of causes for them" (EMERSON, 2003, p. 11). O comércio estava em declínio; tensões religiosas sem solução. Diz este autor: "Scotland was ceasing to be a viable state able to pay for its independence. Indeed, it could not be really independent while it was united to England through a common monarch" (EMERSON, 2003, p. 11).

Em face de tantos desafios impostos à seu país, no período por volta de 1690 e 1707 (ano da união com a Inglaterra) os escoceses refletiram intensamente sobre o seu futuro como uma nação (EMERSON, 2003, p. 11).

Assim, a teoria de cunho social do iluminismo escocês não foi unicamente um manancial de pensamentos e práticas trazidas do sul da Grã Bretanha ou de outros países como a França ou a Holanda, mas igualmente tem raízes nos problemas enfrentados pelo próprio país e se embasa nas análises e soluções propostas para tratar tais problemas (EMERSON, 2003, p. 12).

Neste período histórico, sentidos em face do aparente atraso de seu país, mas resolutos patrioticamente em buscar uma melhora geral no mesmo; intelectuais, empresários e políticos escoceses buscaram melhorar as condições de sua nação. Tal conduta conjunta se caracterizou,

por um lado, pela união cum a Inglaterra em 1707, e por outro, e mais tarde, com a formulação de teorias de cunho social e histórico (EMERSON, 2003, p. 12).

Pode-se afirmar que foi a sabedoria e os talentos pessoais combinados com contingências históricas e profundo espírito de patriotismo e amor pela pátria que levaram gerações de escoceses daqueles tempos, a construírem um tão admirável edifício intelectual.

No que diz respeito à análise filosófica típica do iluminismo escocês, é importante considerar que esta filosofia merece ser encarada como um desenvolvimento no pensamento de nível nacional. Deve-se considerar que cada filosofia é uma expressão do espírito humano de seu respectivo tempo, e a expressão mental da Escócia daquele momento está refletida claramente na sua vida intelectual e em sua filosofia moral (LAURIE, 1902, p. V).

Em resumo, a Escócia foi o berço de pessoas célebres tão diversas quanto John Knox a Robert Burns, além de ser a origem igualmente de David Hume, Thomas Reid e de Sir William Hamilton, com sua filosofias do ceticismo e do senso comum (LAURIE, 1902, p. V). De fato, embora tenham surgido posturas filosóficas diversas, tais como o ceticismo (notadamente com David Hume, por exemplo), é característico de grande parte da filosofia do iluminismo escocês a ênfase dada à questões ligadas à moralidade (relacionado ao que se denomina filosofia do senso comum).

Outro campo onde se destaca o pensamento ligado ao iluminismo escocês é o da economia política. Afirmam Sema Yilmaz Genç e Kadir Göçeri, que desde o surgimento da economia como ciência até os dias atuais, houve muitos importantes pensadores que contribuíram com a economia política. Não obstante, contribuições de Adam Smith, que criou a base da economia na literatura, e pensadores que viveram na mesma época de Smith são especialmente importantes. Neste aspecto, o Iluminismo Escocês é um importante processo histórico, que começou no século XVIII na Escócia e continuou por volta de cem anos, em que desenvolvimento intelectual e científico teve lugar. Ainda mais, a Escócia se tornou, então, o lugar de nascimento e o berço da teoria da *economia política* (GENÇ; GÖÇERI, 2017, p. 241).

No que tange ainda a este tópico, cita-se sobre o pensador Dugald Stewart que a *filosofia do senso comum*, típica do iluminismo escocês, embasa em sua obra a formulação de uma filosofia do progresso, à qual dá-se o nome de *economia política* (HAAKONSSEN, 1985, p. 52).

Relativamente às questões relativas ao campo jurídico, os pensadores do iluminismo escocês, com seu pensamento em regra de cunho moral, deram sua cota de colaboração na análise de postulados típicos do direito natural, notadamente da escola moderna (fundada por autores tais como o holandês Hugo Grotius) e igualmente típicos do direito privado.

Sobre este pormenor, afirma-se que se faz necessário um muito melhor entendimento da qualificação interna da moderna teoria da lei natural. Alguns dos mais significantes qualificativos são devidos ao trabalho dos filósofos da moralidade do Iluminismo Escocês (HAAKONSEN, 1985, p. 51).

Destaque-se que, mais recentemente, a doutrina vem começando a ter noção, dentro da teoria da lei natural, do espaço de Carmichael e Hutcheson, Turnbull e Kames, Hume e Smith; e enquanto há muito mais a ser feito em relação a estes pensadores, deve-se ainda adicionar um certo número de outros (HAAKONSEN, 1985, p. 52).

Os capítulos que se seguem propõem-se a expor parte do pensamento de vários vultos ligados ao iluminismo escocês, nas várias áreas de conhecimento elencadas nos parágrafos anteriores. E, desde já, se afirma a determinação de se destacar, no possível, o fundo moral que

permeia as análises de ordem filosófica, política, econômica e jurídica; relativas ao iluminismo ora estudado.

Importante enfatizar que não será raro alguns dos autores aqui expostos desenvolverem pensamentos em mais de uma das áreas expostas, embora se procure, dentro do possível, elencá-los em um dos campos no qual pareça mais evidenciada sua criação. E o critério de colocação dos pensadores listados seguirá a ordem cronológica dos anos de seus respectivos nascimentos.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente artigo se constituiu em uma pesquisa bibliográfica para, além de um apanhado relativo às características gerais do iluminismo escocês, buscou expor dados biográficos referentes a cada pensador citado, bem como amostras relativas à sua produção intelectual.

Deve-se esclarecer que; pelo fato de grande parte do material consultado ser em idioma estrangeiro (notadamente o inglês) e haver uma escassez dessas publicações em português, o autor deste artigo desejar o mais possível se aproximar do exposto nos textos originais, e considerando seu objetivo de buscar transmitir as informações da forma mais imediata possível; se optou por fazer constar em grande parte do trabalho ora apresentado uma redação em que constam, não só nas informações gerais e biográficas, como também nas exposições dos respectivos pensamentos dos pensadores; traduções dos textos consultados, havendo sempre em quaisquer dos casos, os dados consoantes às respectivas citações e/ou remissões bibliográficas.

1 FRANCIS HUTCHESON (1694-1746)

Em sua obra *Inquiry into the ideas of beauty and virtue*, Francis Hutcheson observa uma antítese fundamental entre os sistemas de moralidade, no sentido de existirem duas opiniões inteiramente opostas, cada uma consistente e inteligível por si mesma (WHEWELL, 1852, p. 94).

A primeira destas posições citadas é a de que as ações humanas fluem da perspectiva de uma felicidade individual, ou, como diz este autor, *felicidade privada* (WHEWELL, 1852, p. 94). A segunda, oposta à anterior, considera que as pessoas não cultivam somente o amor próprio (*felicidade individual ou privada*), mas sentimentos de benevolência e um senso moral; e este senso se caracteriza por determinar a aprovação dos sujeitos em relação às ações que se originam do amor pelos semelhantes (WHEWELL, 1852, p. 94).

O autor, em sua obra citada, afirma que algumas pessoas se confundem quanto à inclinação de suas ações, no sentido de que elas sejam para o bem privado ou para o bem da coletividade (HUTCHESON, 1738, p. 202). Algumas ações terão sua aprovação em função de sua benevolência intrínseca, na medida em que revelem tendência para um real ou pelo menos aparente bem público (HUTCHESON, 1738, p. 204-205).

Essa ambivalência é novamente exposta em outra passagem do pensamento de Hutcheson, quando este afirma que embora as pessoas tenham apreço ou afeição por atos que a rigor visem o bem dos semelhantes, que a satisfação destes seja prazerosa aqueles; a aprovação destes atos por meio de uma conduta moral é algo diverso de meramente apreciá-los em uma ocasião de prazer pessoal em função do sentido de ser agradável a sensação destas afeições (HUTCHESON, 1755, p. 53).

2 HENRY HOME (LORD KAMES) (1696-1782)

Foi reconhecido como advogado em 1723, e promovido ao Tribunal em 1752 (COUSIN, 1910, p. 218), tornando-se juiz. Nesta ocasião, adquire o título de Lord Kames. Em 1748, publica uma coletânea de decisões judiciais com o título *Decisions of the Court of Session*. Afirma-se que são nos escritos filosóficos e históricos que repousa sua fama literária (COUSIN, 1910, p. 218).

Encontram-se na obra *Essays on the principles of morality and natural religion*, disposições notadamente de ordem moral. No âmbito individual, ele observa: a amizade não me permitirá, sendo ofendido, prejudicar ou magoar meu amigo; não haverá no meu coração inclinação de causar-lhe prejuízo, mas eu deveria torná-lo sensibilizado em relação ao mal que me causou (KAMES, 2005, p. 15). No nível da coletividade ou sociedade humana, adverte que a solidariedade, a compaixão mútua, deve de forma ampla promover a proteção e a felicidade da humanidade (KAMES, 2005, p. 17).

Ainda nos *Essays*, Kames faz uma ponderação que procura delimitar o lado moral do propriamente jurídico, quanto à conduta das pessoas. Inicialmente refuta Francis Hutcheson, que em um ensaio sobre beleza e virtude, funda a moralidade das ações em uma qualidade reconhecida nas mesmas, quando estas procuram granjear para quem as pratica aprovação e simpatia. Esta explicação seria imperfeita, porque não faz distinção entre simples benevolência e obrigação (ou dever). Isso é muito escassamente aplicado no caso da justiça, para sujeitos que, estando limitados estritamente ao cumprimento do dever, são sinceros em suas palavras e evitam ofender os outros, são pessoas justas e corretas moralmente, são contemplados com alguma cota de estima, mas nunca serão destinatários de afeto ou amizade. Tais sujeitos devem demonstrar disposição para a prática do bem de todos, ou ao menos para amigos e vizinhos, devem empenhar-se na prática de humanidade e benevolência, antes de poderem esperar a afeição dos outros (KAMES, 2005, p. 31).

No relativo a considerações jurídicas propriamente, Kames atenta para o fato de que autores divergem sobre a origem das leis da natureza, além de divergirem sobre as leis propriamente ditas (ou seja, no sentido estrito) (KAMES, 2005, p. 24).

Em seu livro *Principles of equity*, nas páginas XVII e XVIII, que antecipam a respectiva introdução, Kames enuncia os princípios que embasam a respectiva obra, princípios estes que evocam disposições ligadas ao direito natural (KAMES, 1825, p. XVII). Pode-se citar como exemplos: a justiça não permitirá que um sujeito exerça seu direito quando sua intenção for a de apenas ferir outrem (KAMES, 1825, p. XVII); quem exige equidade deve usar de uma mesma equidade (KAMES, 1825, p. XVII); um sujeito que não cometeu uma falta não pode ser privado de sua propriedade (KAMES, 1825, p. XVIII).

Tais disposições supracitadas envolvem igualmente os âmbitos tanto do direito privado quanto do direito público.

3 THOMAS REID (1710-1796)

Tornando-se titular da disciplina de filosofia no *King's College*, em Aberdeen, no ano de 1751; nesta mesma cidade escocesa, em 1758, Reid e seu primo John Gregory fundaram o *Aberdeen Philosophical Society*, que se tornou um fórum para vários famosos escritores lançarem seus manuscritos. Reid foi o sucessor de Adam Smith no cargo de professor de filosofia moral na Universidade de Glasgow (FIESER, 2000, p. 102).

O legado de Thomas Reid passou a ser reconhecido como um dos principais artífices da retomada do pensamento e conhecimento do senso comum, após a formulação da filosofia de ceticismo de Hume (HEPBURN MILLAR, 1903, p. 364).

No primeiro volume de seus *Essays on powers of the human mind*, afirma Reid que as tentativas dos filósofos de reduzir as operações sociais sob comuns divisões filosóficas, se assemelha muito às tentativas de alguns pensadores de reduzir todas as afeições sociais à certas modificações do amor-próprio. O Criador pretendeu fazer dos seres humanos entes sociais, e para tal, os deu poderes intelectuais sociais assim como afeições sociais. Ambos, ou seja, os poderes intelectuais sociais e as afeições sociais são partes originais da constituição de cada ser humano, e a manifestação destes poderes e afeições, não menos natural que a daqueles poderes que são individuais e egoístas (REID, 1803, p. 111).

No segundo volume dos *Essays*, encartado no livro *The works volume 1*, Reid expõe uma distinção entre julgamento e testemunho, nos seguintes termos: um juiz pergunta à uma testemunha o que ela sabe sobre uma questão da qual ela teve contacto de forma visual ou auditiva. A testemunha responde, afirmando ou negando alguma coisa. Mas sua resposta não expressa um julgamento; mas sim um testemunho. Agora, pergunta-se à uma pessoa sua opinião sobre uma questão de ciência ou criticismo. Sua resposta não é um testemunho, e sim a expressão de um julgamento (REID, 1880, p. 413).

Tratando sobre a questão do *senso comum*, Reid observa que na linguagem corrente, o termo *senso* sempre implica idéia de julgamento. Uma pessoa de senso será uma pessoa de julgamento. Bom senso é bom julgamento. Sem sentido é o que virá a ser evidentemente contrário a um julgamento certo. *Senso comum* é aquele grau de julgamento que é usual para pessoas com quem se pode dialogar e fazer negócios (REID, 1880, p. 421).

4 DAVID HUME (1711-1776)

Diz Henry Laurie que em David Hume encontra-se um pensador de importância singular que deixou a sua marca, direta ou indiretamente, em toda a subsequente especulação filosófica (LAURIE, 1902, p. 42).

Não obstante ser encarado como um dos grandes pensadores do iluminismo escocês, Hume é ao mesmo tempo tido como um desvio na estrada da filosofia do *senso comum*, com seu *empirismo* e *ceticismo*.

Henry Grey Graham, analisando o pensamento empírico de Hume, assim se expressa: negando que as pessoas saibam de uma tal relação como causa e efeito, ele considera que somente se aprende da experiência na qual certos objetos estão invariavelmente conjugados; que quando certas coisas ocorrem, outras coisas se seguirão em seqüência uniforme; mas do poder de algo para produzir outra coisa não se tem noção (GRAHAM, 1901, p. 38).

Por outro lado, Hume admite que há axiomas de natureza universal que trazem em si sua própria evidência, e reconhece o princípio da substância, em relação às coisas, como algo implícito, embora de forma obscura, nas respectivas qualidades ou modos associados à esta coisa. Outrossim, Hume esforça-se para transcender as ideias de sentido em face das realidades exteriores à esta substância (LAURIE, 1902, p. 54).

Reforça, a ênfase no empirismo, nas idéias de Hume, por exemplo, em partes de sua obra *Enquiries concerning the human understanding and concerning the principles of morals*, onde

ele se ocupa do absurdo das ciências abstratas exposto na doutrina da infinita indivisibilidade (SELBY-BIGGE, 1902, p. XIX).

No contexto do iluminismo escocês credita-se igualmente a Hume a formulação do *ceticismo*, com seu impacto no pensamento sobre a religião. O seu pensamento cético foi assim exposto por Henry Grey Graham: com Locke, concorda que os sujeitos possuem somente conhecimento de suas sensações e idéias; com Berkeley, concorda que não há evidência comprobatória de um mundo material; mas vai adiante argüindo que se tem muito pouco conhecimento sobre a mente, pois dela se conhece meramente uma série de idéias e impressões. De onde estas provêm, no que existem, para onde irão, ninguém sabe dizer (GRAHAM, 1901, p. 37).

Segundo Heiner Klemme, o *ceticismo* de Hume seria dividido em duas categorias: a primeira antecedente ao estudo e filosofia, e a segunda conseqüente à ciência e investigação (KLEMME, 2003, p. 119).

A primeira categoria de ceticismo, de acordo com o pensamento de David Hume, é idêntica à desenvolvida por Descartes. Se esse método cético é levado em conta para uma recomendar uma dúvida geral, então nada convencerá da verdade de coisa alguma. Hume, porém, alega que não é possível para seres humanos permanecerem em tal estado de coisas. O método cético revela-se útil somente ao se levar em consideração que se deve auto-criticar e avaliar o pensamento constantemente (KLEMME, 2003, p. 119-120).

A segunda categoria, baseia-se no fato de que uma vez que se tenha tentado estipular uma base segura para o conhecimento mas tenha falhado tal tentativa, o ceticismo sobre a possibilidade de justificativa filosófica parece apropriado. Outrossim, esse tipo de ceticismo prova-se frutífero, se ao menos em razão dos princípios paradoxais do ceticismo, for excitada a curiosidade e leve-se a examinar os argumentos de forma mais criteriosa, ainda que se saiba que nunca se chegará à uma solução. Para Hume, não apenas a metafísica e a teologia são sujeitas a esse tipo de ceticismo, mas também os preceitos e regras da vida diária (KLEMME, 2003, p. 120).

5 GEORGE CAMPBELL (1719-1796)

Sobre Campbell, diz Henry Laurie, que ele foi um dos membros originais da *Aberdeen Philosophical Society*, fundada por Thomas Reid. As discussões nessa agremiação envolviam uma ampla gama de assuntos, incluindo tanto tópicos científicos quanto filosóficos (LAURIE, 1902, p. 161).

Continua Laurie, afirmando que as contribuições de Campbell para a *Aberdeen Philosophical Society* consistiram sobretudo de escritos que em seguida foram incorporados à obra *Philosophy of rethoric*. Este e outros trabalhos deram a George Campbell reputação de ser um dos mais vigorosos pensadores e escritores de seu tempo (LAURIE, 1902, p. 161).

Em sua obra *Philosophy of rethoric*, George Campbell procurou exprimir o que entendia sobre *senso comum*. Escreveu ele que seria uma original fonte de conhecimento compartilhada por toda a humanidade. Campbell reconhece, de fato, que em diferentes pessoas sua percepção prevalece em diferentes graus de vigor, mas que nenhum ser humano estará original e totalmente destituído dela (CAMPBELL, 1873, p. 60-62).

6 ADAM SMITH (1723-1790)

Gertrude Himmelfarb afirma que hoje, com a exceção dos acadêmicos, Adam Smith "é identificado quase totalmente com *A Riqueza das Nações*. Em seu próprio tempo, ele foi bem mais reconhecido, tanto em sua terra quanto alhures, como o autor de *Teoria dos Sentimentos Morais*" (HIMMELFARB, 2011, p. 54).

Na análise de Jacques Leclercq, "o autor mais representativo da *moral da simpatia* é Adam Smith" (LECLERCQ, 1967, p. 96). Esta simpatia, na visão de Adam Smith, vem a ser "a inclinação natural e instintiva que nos leva a conformarmo-nos com os sentimentos daqueles que nos cercam. A necessidade de simpatia é a primeira necessidade, porque o homem é essencialmente sociável" (LECLERCQ, 1967, p. 96). Para Adam Smith, "nada nos pesa mais que a solidão, a moral ainda mais que a física; temos necessidade de companhia, de ver ao redor de nós rostos amigos; temos necessidade de sentir simpatia e recebê-la" (LECLERCQ, 1967, p. 96).

Referindo-se à normas jurídicas, Smith, na *Theory of moral sentiments*, observa que o respeito àquelas regras de conduta, vem a ser o que é propriamente chamado senso de dever, um princípio de maiores conseqüências na vida humana, e é o princípio pelo qual o coletivo da espécie humana é capaz de dirigir suas ações (SMITH, 1761, p. 229).

O autor formulou outras considerações sobre o direito em uma obra póstuma denominada *Lectures on justice, police, revenue and arms*, obra esta resultante de palestras ministradas na Universidade de Glasgow, no seu curso de filosofia moral.

Pode-se destacar, inicialmente, a afirmação do autor no sentido de que, *jurisprudence* é a teoria dos princípios gerais que regem as leis e os governos. Para ele, os quatro grandes objetos da lei são a justiça, a polícia, a receita e as armas. O objetivo básico da justiça é garantir proteção às pessoas contra possíveis danos, e esta é a base do que chama de *civil government* (SMITH, 1896, p. 3).

Na introdução da parte denominada *Of justice*, apresentando tópicos que envolvem tanto o direito privado quanto o direito público, Smith, reafirmando que o fim da justiça é de garantir proteção às pessoas em face de vir a sofrer possíveis danos, coloca que estes podem se originar de diversas possibilidades.

Como um indivíduo, pode-se sofrer lesão no seu próprio corpo, reputação ou estado. Como membro de uma família, pode alguém sofrer um dano na qualidade de pai, filho, esposo ou esposa, patrão ou empregado, tutor ou tutelado, Como membro do poder público, um servidor pode ser lesado por desobediência ou vítima de opressão (SMITH, 1896, p. 5).

Entre os vários institutos de direito privado comentados por Smith nesta sua análise jurídica está o contrato. Diz este autor que o fundamento do contrato é a expectativa razoável que o que promete suscita na pessoa a quem se vincula (SMITH, 1896, p. 7).

A seguir em sua obra, tratando do que chama *Domestic law*, Smith novamente adentra no campo do direito privado, agora na seara do direito de família. Tratando sobre a relação entre os cônjuges, propõe-se considerar os deveres de cada uma das duas partes durante a sua união, como esta união deve (ser) iniciada e terminada, e quais são os direitos e privilégios particulares de cada um (SMITH, 1896, p. 74). Sobre a educação que os pais devem oferecer a seus filhos, observa uma utilidade na característica de parte considerável da sociedade, no sentido dos filhos dependerem de seus pais por um prazo considerável, com o objetivo de serem treinados longamente para se tornarem membros úteis da sociedade (SMITH, 1896, p. 74).

Discorrendo sobre o que chama *Private law*, ao tratar dos que considera serem direitos adquiridos, Smith diz serem divididos em reais e pessoais. Quanto aos direitos reais, seriam: propriedade, servidão, garantia e privilégios como a herança (SMITH, 1896, p. 107).

7 ADAM FERGUSON (1723-1816)

Ferguson foi professor de *Filosofia Moral* na Universidade de Edimburgo de 1759 a 1785 (HEPBURN MILLAR, 1903, p. 259). Entre suas obras, destacam-se *Essay on the history of civil society* (1766) e *Institutes of moral philosophy* (1772). Diz Hepburn Millar que, dos seus trabalhos, o mais original e interessante é o *Essay*, que revela todas as marcas de um vigoroso e franco intelecto. Ferguson não é de dissimular através de frases de efeito com erros ocultos. Ele insiste em examinar tudo por si mesmo (HEPBURN MILLAR, 1903, p. 360).

Em sua obra *Institutes of moral philosophy*, Ferguson expõe o que entende por filosofia moral, afirmando que esta é o conhecimento do que deveria ser, ou a aplicação de regras que devem determinar a escolha de agentes voluntários (FERGUSON, 1773, p. 11). Antes que se possa determinar regras de moralidade para os seres humanos; a história da natureza humana, suas aptidões, seus específicos prazeres e sofrimentos, sua atual condição e futuras perspectivas, devem ser conhecidos (FERGUSON, 1773, p. 11). O grande princípio de virtude na mente humana é a probidade; e o maior bem concernente à natureza humana, é o amor pela humanidade. Esta lei deve ser aplicada para o intelecto e para ações exteriores. Em sua aplicação interior, é a via para a obtenção da felicidade. Em sua aplicação para ações externas, é o sentido da justa e devida conduta (FERGUSON, 1773, p. 149).

8 JOHN MILLAR (1735-1801)

Afirma-se que Millar tornou-se advogado em 1760 e aceitou a cadeira de direito no *Glasgow College*, de onde pôde, devido ao espaço que sua matéria lhe permitiu, divulgar suas opiniões sobre uma grande variedade de tópicos (HEPBURN MILLAR, 1903, p. 367). Segundo John Craig, por recomendações de Lord Kames e Adam Smith, Millar foi admitido como professor de Direito na Universidade de Glasgow em 1761 (CRAIG, 2006, p. 12). A partir do momento de sua admissão na cadeira, Millar, ao invés do tradicional latim, adotou a língua inglesa em todos os cursos que lecionou. Porém, como o latim ainda era costumeiramente utilizado nos julgamentos, preparatório para um jovem ser chamado para o Fórum, ele pensou ser apropriado empregá-lo no exame diário das aulas de Direito Civil, de tal forma que seus alunos não estariam na desvantagem de estarem completamente desacostumados com a linguagem com que a *Faculty of Advocates* ainda conduzia seus exames (CRAIG, 2006, p. 14).

Como parte de sua docência, afirma-se que Millar considerou as instituições governamentais romanas com maior destaque, em face tanto da maior importância do Estado quanto da mais precisa informação que chegou até a sua época sobre suas leis e instituições. Aquele Governo, também, pareceu particularmente merecedor de atenção, porque o Direito Romano foi a base de quase todos os Códigos modernos, e ainda era suscitado, como decisiva autoridade, no silêncio das regulações municipais da moderna Europa (CRAIG, 2006, p. 34-35).

Dos escritos de John Millar, destaca-se *The Origin of the Distinction of Ranks* (1771), que ganhou elogios de especialistas modernos em antropologia por conta de sua comparativamente completa abordagem da posição da mulher nas comunidades primitivas e selvagens (HEPBURN MILLAR, 1903, p. 367).

Aaron Garrett, sobre a obra de Millar, afirma: qual é a natureza da autoridade? Como muda e por quê? *The origin of the distinction of ranks* é a resposta concisa mas mordaz de John Millar sobre estas questões através de uma análise empírica de três dos chamados adventícios direitos pessoais e um adventício direito governamental da teoria da lei natural: o direito do marido sobre a esposa; pai sobre filhos; patrão sobre empregados; e chefe ou soberano sobre tribos ou cidadãos. Esses direitos são de óbvio interesse para o filósofo social (GARRETT, 2006, p. IX).

No prefácio da segunda edição (1773), de sua obra *Observations concerning the distinction of ranks in society*, John Millar observa: aqueles que tenham examinado as maneiras e costumes de certas nações teve principalmente duas objeções em vista. Por observar os sistemas legais estabelecidos em diferentes partes do mundo, e por comentar as conseqüências com as quais eles são tratados, pessoas se esforçaram em colher vantagens da experiência dos outros, e fazer uma seleção daquelas instituições e modos de governar que aparentam ser mais dignos de serem adotados (MILLAR, 1773, p. I).

9 JAMES BEATTIE (1735-1803)

Em 1760, Beattie foi nomeado professor de filosofia moral e lógica no *Marischal College* e no ano seguinte eleito para a *Aberdeen Philosophical Society*. Começou a elaborar sua obra *Essay on the nature and immutability of truth* por volta de 1766 (FIESER, 2000, p. 10).

Para Beattie, suas premissas são sempre a favor da verdade e da virtude. Assim, se alguém acredita que estas qualidades são da mais alta importância, que nelas está alicerçada a felicidade dos seres humanos, e que delas depende a existência mesmo da sociedade, e das criaturas humanas, esta pessoa estará no mesmo espírito do autor (BEATTIE, 1778, p. 14-15). E Beattie, a seguir afirma que a filosofia cética (como é chamada), defendida por autores como Hume é, para ele, perigosa, não porque é ingênua, mas em razão de ser sutil e obscura (BEATTIE, 1778, p. 15).

Segundo o autor em tela, o termo *senso comum* vinha sendo usado por filósofos, nos tempos (que ele chamou) modernos, tanto na França como na Grã Bretanha, para significar aquele poder da mente que percebe a verdade, ou domina a crença, não por uma argumentação progressiva, mas por um instantâneo, instintivo e irresistível impulso, derivado nem da educação nem do hábito, mas da natureza; agindo independentemente da vontade do ser humano, sempre que seu objeto é apresentado, de acordo com uma estabelecida lei; assim sendo não impropriamente chamado *sense*, e agindo de forma similar sobre todos, ou ao menos sobre a grande maioria da humanidade, assim sendo corretamente denominado *senso comum* (BEATTIE, 1778, p. 45).

10DUGALD STEWART (1753-1828)

Filho de Matthew Stewart, professor de Matemática na Universidade de Edimburgo, Dugald Stewart, após seus estudos, foi eleito sucessor de seu pai naquela universidade em 1785, e posteriormente professor de Filosofia Moral, como sucessor de Adam Ferguson. Stewart foi seguidor de Thomas Reid em seu método de análise e acumulação de fatos discriminados da experiência, indo mais além de Reid no que tange à exatidão e alcance dos seus princípios e métodos filosóficos. Ele esclarecia suas opiniões a partir de uma muito ampla gama de leituras, que, se não era em um sentido eminentemente professoral e profundo, era cuidadoso e compreensivo, e

nunca falhou em apresentá-las em uma dicção elaborada e elegante. Nas suas palestras, Stewart foi visto como tendo sido cativante e eloqüente. Tais palestras atraíram muitos pupilos da Europa e da América, e excitaram um entusiástico interesse em investigações filosóficas, e fez muito em despertar ideais nobres e uma fé mais ética e espiritual nos jovens do seu tempo (ROBINSON, 1961, p. 151).

Dentre as principais obras, destacam-se: *Elements of the Philosophy of the Human Mind*, publicada em 3 volumes, entre 1792 e 1827; *Outlines of Moral Philosophy* (1793); *Philosophical Essays* (1810); *A General View of the Progress of Metaphysical, Ethical, and Political Philosophy, Since the Revival of Letters in Europe*, em duas partes, respectivamente em 1815 e 1821; *The Philosophy of the Active and Moral Powers of Man*, dois volumes, em 1828 (ROBINSON, 1961, p. 153).

Em seus *Elements of the philosophy of the human mind*, Dugald Stewart destacou a importância da educação na formação do ser humano, ao escrever: os mais essenciais objetos da educação são os dois seguintes: primeiro, cultivar todos os vários princípios da natureza humana, tanto os especulativos quanto os ativos, de tal maneira a trazer deles a maior percepção possível do que os mesmos são suscetíveis; e segundo, observar as impressões e associações que a mente recebe na vida pregressa, para protegê-la das influências dos erros correntes, e, o mais largamente possível, engajar suas pressuposições no lado da verdade. É somente acerca de uma análise filosófica da mente, que um plano sistemático pode ser fundado para a realização de cada um desses propósitos (STEWART, 1864, p. 14).

Na obra *Outlines of Moral Philosophy*, Dugald Stewart argumentou a respeito de como as noções de certo e errado são formadas. Ele se questiona, expondo hipóteses: elas se referem a um particular princípio da natureza humana, apropriado para as percepções dessas qualidades, da mesma forma como os sentidos externos são adequados para a percepção das qualidades da matéria; ou são percebidas pela mesma capacidade intelectual que descobre a verdade nas ciências abstratas; ou são ainda resolvidas através de outras noções ainda mais simples e gerais que elas mesmas. Todas essas opiniões foram mantidas por eminentes autores. A fim de formar um julgamento no ponto em disputa, é necessário se analisar o estado das mentes do ser humano, quando o mesmo é um espectador de uma boa ou má ação cometida por outra pessoa; ou quando o próprio sujeito reflete sobre suas ações. Em tais casos, há a consciência de três diferentes fatores: 1) A percepção de uma ação como certa ou errada; 2) Uma emoção de prazer ou de dor, variando no respectivo grau, de acordo com o nível de exigência da sensibilidade moral; 3) Uma percepção de mérito ou demérito do agente (STEWART, 1829, p. 126-127).

Em seu livro *The philosophy of the active and moral powers of man*, Stewart afirmou que é impossível contemplar uma boa ação sem estar cônscio de uma afetividade benevolente, seja de amor ou de respeito, direcionada ao agente daquela ação; e conseqüentemente, como todas as afetividades benevolentes incluem um sentimento agradável, cada boa ação deve ser uma fonte de prazer para o espectador. Além disso, outros sentimentos agradáveis; de ordem, de utilidade, de paz de espírito, & etc., vêm, com o passar do tempo, a serem associados com uma ideia geral de conduta virtuosa. Aquelas qualidades nas boas ações que estimulam agradáveis sentimentos na mente do espectador formam o que alguns moralistas chamam a *beleza da virtude* (STEWART, 1849, p. 203-204).

11JAMES MACKINTOSH (1765-1832)

Mackintosh, em 1784, iniciou os estudos de Medicina. Em Edimburgo, tornou-se membro da *Speculative Society*. Para a *Royal Physical Society* apresentou um escrito sobre instintos e

disposições dos animais; e mostrou que animais tinham memória, imaginação e razão, em diferentes graus.

Foi para Londres no verão de 1788, com o propósito de seguir a profissão médica, mas foi desviado desta meta. Ele ficou profundamente interessado na política de seu tempo, que tomou a direção da revolta das colônias na América e da fermentação que precedeu a explosão revolucionária na França. Mackintosh ouviu avidamente os discursos de Burke e Sheridan; e tornou-se ele mesmo um palestrante em uma das numerosas sociedades políticas da época. A seguir, dedicou-se ao estudo da lei, e, mantendo-se nesse desiderato de forma constante, indubitavelmente alçou a um nível de grande eminência em certas áreas que requerem pensamento e eloqüência (MCCOSH, 1875, p. 348-349).

Neste tempo, houve uma ampla diferença de opiniões na Inglaterra no que diz respeito às tendências e influências da Revolução Francesa. Jovens mentes de tendência liberal ficaram fortemente impressionadas com a necessidade de reforma política na França. Mas, com o avanço da revolução, não poucos que a princípio a apoiaram, ficaram alarmados com a infidelidade e os excessos de crueldade. Burke, em particular, denunciou o movimento como um todo em uma linguagem de extraordinário poder e eloqüência em sua *Reflections*. Mas um largo número de pessoas não estava disposto a abandonar as esperanças que acalentava. Muitas foram as respostas a Burke, mas todas foram fracas em comparação com o que foi publicado em abril de 1791: o *Vindiciae Gallicae*, por Mackintosh. Em 1795, foi chamado para a advocacia e gradualmente adquiriu uma considerável prática. Mas sua tendência pessoal era ainda direcionada à reflexão e em 1799 Mackintosh publicou um curso de trinta e nove (39) palestras, denominado *Lectures on the law of nature and nations*. Este trabalho foi uma muito importante contribuição para a ciência da lei natural e internacional, e forneceu ampla evidência da mente eminentemente filosófica do autor (MCCOSH, 1875, p. 349).

Em 1818, Mackintosh foi nomeado professor de direito e políticas gerais na faculdade instituída para a educação de funcionários civis da *East India Company* em Haleybury. Lá ele tratou da ciência moral, dividindo-a entre ética e jurisprudência; e do direito, civil, criminal e constitucional. Com a morte de Thomas Brown, em 1820, foi oferecida a ele a cadeira de filosofia moral, na Universidade de Edimburgo (MCCOSH, 1875, p. 353). Foi Mackintosh chamado a escrever uma obra chamada *Dissertation of the progress of ethical philosophy* para uma edição da *Enciclopaedia Britannica*. Afirma McCosh que se pode julgar o empenho filosófico-jurídico de Mackintosh através da estrutura de suas palestras em Haleybury, preservado em suas memórias, e da histórica e crítica dissertação na *Enciclopaedia* (MCCOSH, 1875, p. 353-354).

Na sua obra *Discourse on the law of nature and nations*, afirmou Mackintosh que a ciência que ensina os direitos e deveres dos homens e dos Estados, nos tempos modernos, tem sido chamada *the law of nature and nations*. Sob o compreensivo título estão incluídas as regras de moralidade, como elas prescrevem a conduta de cada ser humano relativamente aos demais em todas as várias relações da vida humana; além delas regularem tanto a obediência dos cidadãos às leis, e a autoridade dos magistrados em estabelecer leis e administrar governos; quanto a modificação das relações de diferentes comunidades na paz, e a prescrição de limites para sua hostilidade na guerra. Esta importante ciência compreende somente aquela parte da ética privada que é capaz de ser reduzida a regras fixas e gerais. Considera apenas aqueles princípios gerais de jurisprudência e política que a sabedoria do legislador adota à peculiar situação de seu próprio país e que a habilidade do estadista aplica para as mais oscilantes e infinitamente variáveis circunstâncias que afetam o imediato bem-estar e a segurança do Estado (MACKINTOSH, 1848, p. 27-28).

Em sua *Dissertation*, Mackintosh colocou que cada ramo de conhecimento tem ruas raízes na teoria do entendimento, da qual até a matemática deve aprender o que pode ser sabido de sua magnitude e seus números; a ciência moral é baseada naquela outra – até agora inominada – parte da filosofia da natureza humana (a ser constante e diligentemente distinguida da filosofia intelectual), que contempla as leis da sensibilidade, da emoção, do desejo e aversão, do prazer e dor, da felicidade e angústia; e que eleva os augustos e sagrados marcos que ficam discerníveis ao longo da fronteira entre certo e errado (MACKINTOSH, 1848, p. 96).

Continua a *Dissertation*, com o argumento de que o objetivo das ciências morais é responder a questão *o que deveria ser?*. Elas visam averiguar as regras que devem governar a ação voluntária, as quais aquelas habituais disposições da mente que são a fonte das ações voluntárias devem ser adaptadas. É óbvio que vontade, ação, hábito, disposição; são termos denotando fatos na natureza humana, e que uma explanação deles deve ser buscado na filosofia da mente. A palavra *ought* (dever) introduz a mente humana em uma nova região a qual nada físico corresponde. Não obstante seja mais importante para filósofos, que lidam com palavras, é instantaneamente entendido por todos, mesmo àqueles que não se preocupem em defini-lo. Nenhum discurso civilizado, talvez nenhum idioma humano, existe sem termos correspondentes (MACKINTOSH, 1848, p. 96).

Nesta mesma obra, Mackintosh faz alusões às correntes de pensamento ligadas à história do direito natural, tratando da escolástica e da corrente moderna.

Em relação aos escolásticos, expõe Mackintosh que os mesmos foram propriamente teólogos, que empregaram a filosofia somente para definir e apoiar aquele sistema de crença Cristã que eles e seus contemporâneos tinham abraçado (MACKINTOSH, 1848, p. 106). Se não mais notável, é mais pertinente ao propósito deste estudo, diz Mackintosh, que o sistema ético dos escolásticos, ou, falando mais propriamente, de Aquino, como o *Moral Master of Christendom*, por três séculos ficou em prática, parte pela excelência e por demandar pouca necessidade de mudanças extensas, com a inevitável exceção da conexão de suas opiniões religiosas com seus preceitos e conselhos (MACKINTOSH, 1848, p. 109). Francis Suarez, um Jesuíta, cujos volumosos trabalhos chegam a vinte e quatro (24) volumes, fecha a lista dos escritores de sua classe (MACKINTOSH, 1848, p. 110).

No que tange à corrente moderna, diz Mackintosh que a introdução do grande trabalho de Grotius, elaborado nos cinco anos de seu exílio, e publicado em Paris em 1625, contêm as mais claras e autênticas afirmações dos princípios gerais da moral prevalente na cristandade depois do fechamento das escolas, e antes dos escritos de Hobbes terem dado asas àquelas controvérsias éticas que mais peculiarmente pertencem aos tempos da modernidade (MACKINTOSH, 1848, p. 111).

12WALTER SCOTT (1771-1832)

No início de sua obra *History of Scotland*, Walter Scott expõe uma visão sobre sua terra natal, ao dizer: a história da Escócia, embora de um país muito pobre e de escasso povoamento para se classificar em meio às grandes potências da Europa, tem, não obstante, atraído a atenção do mundo, até na preferência em face das crônicas de mais poderosos e opulentos Estados. Isto deve ser justamente atribuído ao extremo valor e firmeza com que nos tempos antigos os habitantes defenderam sua independência contra as mais formidáveis probabilidades (SCOTT, 1830, p. 1).

13JAMES MILL (1773-1836)

Na obra *Elements of political economy*, Mill, em sua introdução, afirma que a economia política é para o Estado, o que a economia doméstica é para a família. A família consome, e para consumir, deve obter provisão. Economia doméstica tem, portanto, dois grandes objetos: o consumo e a provisão da família. O consumo sendo uma quantidade sempre indefinida, pois não há fim para o desejo de satisfação, a grande preocupação é ampliar a provisão (MILL, 1824, p. 1).

Continua Mill, colocando que a arte daquele que administra uma família consiste em regular a provisão e consumo daquelas coisas que não podem ser obtidas sem um custo, em outras palavras, com trabalho humano, *o original dinheiro de compra que é dado por cada coisa*. É o mesmo caso com a economia política. Ela também tem dois grandes objetos, o consumo da comunidade, e aquela provisão acerca da qual o consumo depende (MILL, 1824, p. 2).

14WILLIAM HAMILTON (1788-1856)

Afirma John Stuart Mill, em 1889, que dentre os escritores filósofos britânicos daquele século, ninguém ocuparia uma posição mais alta que Sir William Hamilton. Somente Hamilton, dos metafísicos de sua geração e da precedente, adquiriu tal celebridade européia (STUART MILL, 1889, p. 1).

Assevera James Fieser que em 1836, Hamilton foi escolhido para a cadeira de lógica e metafísica na Universidade de Edimburgo, e as iniciais anotações de aulas para seus cursos formaram a base do postumamente publicado *Lectures on metaphysics and logic* (1859-1860) (FIESER, 2000, p. 66).

Diz Hamilton no Apêndice do volume 1 de suas *Lectures*, que a pessoa que deu à toda filosofia da Europa um novo impulso e direção, e para quem, mediata ou imediatamente, deve ser referido cada subseqüente avanço na especulação filosófica, foi seu conterrâneo David Hume. Ao falar deste pensador, Hamilton sente-se ansioso por ser distintamente entendido. Ele sinceramente solicita ao leitor que tenha em mente que descrença religiosa e ceticismo filosófico simplesmente não são a mesma coisa, como também não possuem conexão natural; e enquanto um deve ser objeto de reprovação e arrependimento, o outro é por si mesmo merecedor de aplauso. Á frente, Hamilton observa que apesar de ser decididamente opositor de toda e qualquer das conclusões teológicas de Hume, não hesita em afirmar do seu ceticismo filosófico, que o mesmo não foi somente benéfico em seus resultados, mas, nas circunstâncias do período histórico, mesmo um necessário passo no progresso da filosofia em direção à verdade (HAMILTON, 1870, p. 394). A seguir, continua: para Hume, deve-se a filosofia de Kant, e portanto, também a subseqüente filosofia alemã (HAMILTON, 1870, p. 395).

Por outro lado, em sua obra *Philosophy*, Hamilton expõe uma posição que não só procura explicar o que viria a ser, em sua visão, a *filosofia do senso comum*, mas ao mesmo tempo procura expor uma crítica ao *empirismo*, outra corrente igualmente defendida por Hume. Afirma Hamilton que mesmo os filósofos que dizem vir todo o conhecimento da experiência, não admitindo verdades de caráter universal frutos da inteligência, mas somente as verdades que são generalizadas a partir de eventos individuais observáveis de fato – mesmo esses pensadores são forçados a reconhecer, na origem dos vários eventos de onde parte a sua respectiva generalização, determinada lei ou princípio ao qual possa recorrer como uma garantia do seu procedimento, no caso de ser questionada a validade destes eventos primordiais (HAMILTON, 1853, p. 20-21). A esta fundamental garantia de indução dá-se o nome de senso comum (HAMILTON, 1853, p. 21).

CONCLUSÃO

No *abstract* de seu artigo denominado *Recent Engagements with Adam Smith and the Scottish Enlightenment*, datado de 2015, Maria Pia Paganelli faz uma observação que muito bem ilustra a relevância do resgate dos pensamentos destes vultos célebres provenientes do Iluminismo escocês, que viveram notadamente no século XVIII. Diz a autora que as pessoas dos anos recentes compartilham com os escoceses daquele século supracitado preocupações concernentes ao entendimento sobre os seres humanos em si, a natureza humana em geral, a sociabilidade, o crescimento moral, a habilidade em compreender a natureza e seu possível criador, como também em relação às possibilidades de uso do conhecimento para aprimorar o meio ambiente e os padrões de vida (PAGANELLI, 2015, p. 1)[1]

Esta constatação deve inicialmente ser considerada em face dos vários campos do conhecimento que foram objeto de estudo por parte dos pensadores citados, e do momento histórico em que tais fatos se deram.

No que tange ao século XVIII, Isaiah Berlin, em sua obra *The age of enlightenment*, afirma que este período na história do mundo ocidental teria sido o último em que se considerava que alcançar a onisciência seria uma meta que não poderia ser alcançada. E tal se deu em função principalmente do enorme progresso ocorrido nas ciências naturais durante o século XVII, que teria modificado a visão geralmente rígida em relação ao mundo material e ao verdadeiro conhecimento (BERLIN, 2017, p. 4-5).

Além dessa constatação de ordem científica, deve-se igualmente considerar que, filosoficamente, se vivia na Europa da época o espírito do iluminismo ou ilustração. E, comentando sobre o iluminismo, de acordo com a visão de Immanuel Kant, a autora Caroline Warman diz que ter a coragem de usar a sua própria compreensão seria o lema desta postura de pensamento e atuação (WARMAN, 2016, p. 35).

Esta autonomia do pensar, de usar a própria razão, é destacada igualmente por Ernst Cassirer, ao considerar que o pensamento ilustrado constantemente transcende os rígidos limites do sistema, e, além disso, permite aos espíritos mais criativos e originais, libertar-se dos rigores das sistematizações das disciplinas do conhecimento (CASSIRER, 1975, p. 13).

Além dessas observações gerais sobre o século XVIII e o iluminismo, ao se analisar o iluminismo escocês propriamente, algumas importantes características podem ser observadas.

Não foi um movimento exclusivamente masculino, pois há autoras escocesas que de alguma forma tiveram destaque, embora, deva-se reconhecer, sem a repercussão que se deu, por exemplo, às suas equivalentes inglesas. Neste sentido, Henry Grey Graham, a título de exemplo, em sua obra *Scottish men of letters in the eighteenth century*, cita no capítulo XII o que ela chama de *mulheres de letras*, a saber: Lady Wardlaw; Lady Grisell Baillie; Mrs. Cockburn; Jean Elliot; Lady Anne Barnard; Lady Nairne (GRAHAM, 1901, p. X).

Não foi exclusivamente produto de uma aristocracia, pois as biografias dos autores citados demonstram uma variedade sócio-econômica dos respectivos ambientes dos quais se originaram. Destaque-se, em relação a estes pensadores, o grande número deles na função de professores universitários, o que denota a importância reservada à criação intelectual proveniente das academias. É sempre salutar e gratificante verificar como a cultura universitária pode ensejar

[1] "We share with the 18th century Scots preoccupations about understanding human beings, human nature, sociability, moral development, our ability to understand nature and its possible creator, and about the possibilities to use our knowledge to improve our surrounding and standards of living"

contribuições extremamente valiosas e edificantes para a cultura de um povo, e de toda a humanidade.

Não se tratou de um movimento que acabou resultando na derrubada das instituições vigentes, como se deu no equivalente francês; mas que trouxe uma positiva renovação em praticamente todos os aspectos da vida escocesa. Foi o iluminismo escocês, de certa forma, uma autoafirmação da cultura nacional da Escócia.

Foi um momento histórico impar em que se acreditou em uma forma de pensar que privilegiou o senso comum, em detrimento de uma postura de satisfação meramente individual; em que se valorizou a moralidade como base para uma mais satisfatória e virtuosa convivência em sociedade; em que a economia assumiu de vez sua importância, enquanto fator motriz para a sustentação e sobrevivência das famílias e da sociedade como um todo; em que a justiça bebeu nas fontes do direito natural e deu uma preciosa colaboração no aperfeiçoamento da ciência jurídica.

Finalizando tais considerações, percebe-se que, tal como supra destacado por Paganelli, ao dedicar seus esforços de análise e estudo a temas como os seres humanos e a natureza humana em geral, a vida em sociedade, a valorização da moralidade, a busca da compreensão sobre a natureza e sua origem, e o uso do saber para aprimoramento do meio ambiente e dos padrões de vida; os iluministas escoceses sinalizaram aos de sua época e para a posteridade a profundidade e a pertinência das suas ideias; como também demonstram o quanto de atual e permanente são os seus pensamentos.

REFERÊNCIAS

BEATTIE, James. **An essay on the nature and immutability of truth, in opposition to sophistry and scepticism**. 6 ed. London (England): Edward and Charles Dilly; Edinburgh (Scotland): William Creech, 1778. Disponível em: <https://ia601203.us.archive.org/34/items/bub_gb_xDj74ukDEh8C/bub_gb_xDj74ukDEh8C.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

BERLIN, Isaiah. **The age of enlightenment**. The eighteenth century philosophers. 2 ed. Oxford (England): The Isaiah Berlin Literary Trust, 2017. Disponível em: <https://berlin.wolf.ox.ac.uk/published_works/ae/AE2.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

CAMPBELL, George. **The philosophy of rethoric**. A new edition. New York (United States): Harper & Brothers Publishers, 1873. Disponível em: <https://ia800704.us.archive.org/35/items/philosophyrheto09campgoog/philosophyrheto09campgoog.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

CASSIRER, Ernst. **Filosofia de la ilustracion**. Tradução ao espanhol de Eúgenio Imaz. México D. F. (México): Fondo de Cultura Económica, 1972.

COUSIN, John W. **A short biographical dictionary of english literature**. London: J. M. Dent & Sons, 1910. Disponível em: <https://ia800200.us.archive.org/4/items/shortbiographica00cousuoft/shortbiographica00cousuoft.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

CRAIG, John. An account of the life and writings of the author In: MILLAR, John. **The origin of the distinction of ranks: or, an inquiry into the circumstances which give rise to influence and authority in the different members of society** (4th edition of 1806). Indianapolis (United States): Liberty Fund, 2006. Disponível em: <https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/287/1342_LFeBk.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

EMERSON, Roger. The contexts of the Scottish Enlightenment In: BROADIE, Alexander (org.). **The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment**. Cambridge (United Kingdom): Cambridge University Press, 2003. Disponível em: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam033/2002067261.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

FERGUSON, Adam. **Institutes of moral philosophy**. 2 ed. Edinburgh (Scotland): A. Kincaid, W. Creech & J. Bell, 1773. Disponível em: <https://ia600209.us.archive.org/28/items/institutesmoral00ferggoog/institutesmoral00ferggoog.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

FIESER, James (ed.). **A bibliography of scottish common sense philosophy**. Scottish common sense philosophy, sources and origins. Bristol (England); Thoemmes Press, 2000. Volume 5. Disponível em: <https://www.rrbltd.co.uk/bibliographies/scottish_v5_bibliog.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

GARRETT, Aaron. Introduction In: MILLAR, John. **The origin of the distinction of ranks: or, an inquiry into the circumstances which give rise to influence and authority in the different members of society** (4th edition of 1806). Indianapolis (United States): Liberty Fund, 2006. Disponível em: <https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/287/1342_LFeBk.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

GENÇ, Sema Yilmaz; GÖÇERI, Kadir. The effect of scottish enlightenment on development of political economy In: SAYERS, William (ed.). **Art, economics and politics in modern Turkey**. London (England): AGP Research, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Yusuf-Esmer/publication/323800000_Social_Media_Use_in_Business-to-Business_A_Theoretical_Analysis/links/5aab879c45851517881bc4cf/Social-Media-Use-in-Business-to-Business-A-Theoretical-Analysis.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

GRAHAM, Henry Grey. **Scottish men of letters in the eighteenth century**. London (England): Adam and Charles Black, 1901. Disponível em: <https://www.electricscotland.com/history/literat/scottishmenofletters.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

HAAKONSSEN, Knud. **Natural Law and the Scottish Enlightenment**. Journal Man and Nature, Montreal (Canada), Canadian Society for Eighteenth-Century Studies - CSECS, Volume 4, p. 47–80, 1985. Disponível em: <https://www.erudit.org/en/journals/man/1985-v4-man0230/1011836ar.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

HAMILTON, William. **Lectures on metaphysics and logic**. In four volumes, volume 1. 5 ed. Edinburgh/London: William Blackwood and Sons, 1870. Disponível em: <https://ia800900.us.archive.org/25/items/5edlecturesonmet01hamiuoft/5edlecturesonmet01hamiuoft.pdf> Acesso em: 18 jul. 2022.

HAMILTON, William. **Philosophy**. New York (United States): D. Appleton & Company, 1853. Disponível em: <https://ia902606.us.archive.org/8/items/philosophyarran00wighgoog/philosophyarran00wighgoog.pdf> Acesso em: 18 jul. 2022.

HEPBURN MILLAR, John. **A literary history of Scotland**. New York (United States): Charles Scribner's Sons, 1903. Disponível em: <https://ia800206.us.archive.org/6/items/cu31924013510155/cu31924013510155.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade**. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011.

HUTCHESON, Francis. **Inquiry into the ideas of beauty and virtue**. 4 ed. London (England): D. Midwinter, A. Bettesworth, and C. Hitch, J. and J. Penberton, R. Ware, C. Rivington, F. Clay, A. Wart, J. and P. Knapton, T. Longman, R. Hett and J. Wood, 1738. Disponível em:

<https://ia801900.us.archive.org/35/items/inquiryintoorigi00hutc/inquiryintoorigi00hutc.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

HUTCHESON, Francis. **A system of moral philosophy**, Volume 1. Glasgow (Scotland): R. and A. Foulis, 1755. Disponível em: <https://ia802801.us.archive.org/14/items/systemmoralphilo01hutc/systemmoralphilo01hutc.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

KAMES, Henry Home Lord. **Principles of equity**. A new edition. Edinburgh (Scotland): Bell & Bradfute, Manners & Miller, A. Constable & Co., and John Fairbaihn, 1825. Disponível em: <https://ia802604.us.archive.org/34/items/principlesequit00kamegoog/principlesequit00kamegoog.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022

KAMES, Henry Home Lord. **Essays on the principles of morality and natural religion**. Corrected in improved in a third edition (1779). Indianapolis (United States): Liberty Fund, 2005. Disponível em: <https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/1352/0995_LFeBk.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

KLEME, Heiner F. Scepticism and common sense In: BROADIE, Alexander (org.). **The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment**. Cambridge (United Kingdom): Cambridge University Press, 2003. Disponível em: <https://vdoc.pub/download/the-cambridge-companion-to-the-scottish-enlightenment-2u3jeadfb9cg> Acesso em: 18 jul. 2022.

LAURIE, Henry. **Scottish philosophy and its national development**. Glasgow (Scotland): James Maclehose and Sons, 1902. Disponível em: <https://www.electricscotland.com/books/pdf/scottishphilosop00lauruoft.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. Tradução do Cônego Luiz de Campos. São Paulo: Herder, 1967.

McCOSH, James. **The scottish philosophy; biographical, expository, critical, from Hutcheson to Hamilton**. New York (United States): Robert Carter and Brothers, 1875. Disponível em: <https://ia600405.us.archive.org/35/items/scottishphilosop00mcco/scottishphilosop00mcco.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

MACKINTOSH, James. **The miscellaneous works of the right honourable Sir James Mackintosh**. The modern british essayists, volume VIII. Philadelphia (United States): Carey and Hart, 1848. Disponível em: <https://ia902608.us.archive.org/18/items/miscellaneouswo14mackgoog/miscellaneouswo14mackgoog.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

MILL, James. **Elements of political economy**. 2 ed. London (England): Baldwin, Cradock, and Joy, 1824. Disponível em: <https://ia600907.us.archive.org/11/items/ofpolitielements00millrich/ofpolitielements00millrich.pdf> Acesso em: 18 jul. 2022.

MILLAR, John. **Observations concerning the distinction of ranks in society**. 2 ed. London (England): John Murray, 1773. Disponível em: <https://ia800201.us.archive.org/23/items/observationscon00millgoog/observationscon00millgoog.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

PAGANELLI, Maria Pia. **Recent engagements with Adam Smith and the Scottish Enlightenment**. History of Political Economy, Duke University, Durham (United States), n. 47, v. 3, p. 363-394, 2015. Disponível em: <https://digitalcommons.trinity.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=econ_faculty> Acesso em: 17 jul. 2022.

REID, Thomas. **Essays on powers of the human mind**. In three volumes, volume 1. Edinburgh (Scotland): Bell & Bradfute, 1803. Disponível em: <https://ia902905.us.archive.org/11/items/essaysonpowersofthom01/essaysonpowersofthom01.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

REID, Thomas. **The works of Thomas Reid, volume 1**. 8 ed. Edinburgh (Scotland): Maclachlan and Stewart, 1880. Disponível em: <https://ia600209.us.archive.org/20/items/cu31924092298235/cu31924092298235.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

ROBINSON, Daniel Sommer. **The story of Scottish philosophy**. New York (United States): Exposition Press, 1961. Disponível em: <https://ia802903.us.archive.org/15/items/storyofscottishp00dani/storyofscottishp00dani.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

SCOTT, Walter. **The history of Scotland**. In two volumes, volume 1. The Cabynet Cyclopedia. London (England): Longman, Rees, Orme, Brown & Green, and John Taylor, 1830. Disponível em: <https://ia800207.us.archive.org/33/items/historyscotland01scotgoog/historyscotland01scotgoog.pdf> Acesso em: 18 jul. 2022.

SELBY-BIGGE, Lewis Amherst. Editor's introduction *In:* Hume, David. **Enquiries concerning the human understanding and concerning the principles of morals**. 2 ed. Oxford (England): Clarendon Press, 1902. Disponível em: <https://ia804500.us.archive.org/31/items/enquiriesconcern00humeuoft/enquiriesconcern00humeuoft.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

SMITH, Adam. **Lectures on justice, police, revenue and arms**. Oxford (England): Clarendon Press, 1896. Disponível em: <https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2621/Smith_LecturesJustice1647_Bk.pdf> Acesso em: 19 jul. 2022.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. 2 ed. London (England): A. Millar; Edinburgh (Scotland): A. Kincaid and J. Bell, 1761. Disponível em: <https://ia902608.us.archive.org/3/items/theorymoralsent08smitgoog/theorymoralsent08smitgoog.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

STEWART, Dugald. **Elements of the philosophy of the human mind**. New edition. Boston (United States): William H. Dennet, 1864. Disponível em: <https://ia600609.us.archive.org/12/items/elementsofphilo00stew/elementsofphilo00stew.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

STEWART, Dugald. **Outlines of moral philosophy**. 5 ed. Edinburgh (Scotland): Cadell & Company; Stirling & Kenney; John Fairbairn, 1829. Disponível em: <https://ia902706.us.archive.org/17/items/outlinesofmoralp00stew/outlinesofmoralp00stew.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

STEWART, Dugald. **Philosophy of the active and moral powers of man**. Revised. Cambridge (England): John Bartlett, 1849. Disponível em: <https://books.google.gg/books/about/The_Philosophy_of_the_Active_and_Moral_P.html?id=2jXoMwEACAAJ&hl=en&output=html_text> Acesso em: 17 jul. 2022.

STUART MILL, John. **An examination on Sir William Hamilton's philosophy**. 6 ed. London (England): Longmans, Green, and Co., 1889. Disponível em: <https://ia801602.us.archive.org/14/items/in.ernet.dli.2015.223045/2015.223045.An-Examination.pdf> Acesso em: 18 jul. 2022.

WARMAN, Caroline (ed.). **Tolerance: the beacon of the enlightenment.** Cambridge (England): Open Book Publishers, 2016. Disponível em: <https://books.openbookpublishers.com/10.11647/obp.0088.pdf> Acesso em: 17 jul. 2022.

WHEWELL, William. **Lectures on the history of moral philosophy in England**. London (England): John W. Parker and Son, 1852. Disponível em: <https://ia600205.us.archive.org/16/items/lecturesonhisto00whewgoog/lecturesonhisto00whewgoog.pdf> Acesso em: 16 jul. 2022.

ENVIRONMENTAL, SOCIAL, AND GOVERNANCE (ESG) E A CONSENSUALIZAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS AMBIENTAIS

Caio Brutton
Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Minas Gerais.
caiomontano@gmail.com

Magno Federici Gomes
Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Minas Gerais.
magnofederici@gmail.com

Resumo: Este artigo analisa criticamente como o *environmental, social* e *governance* (ESG) pode ser aplicado através do instituto da consensualização na Administração Pública. Através de pesquisa qualitativa utilizando-se o método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, o Trabalho tem como ponto de partida o estudo dos conceitos de ESG e da consensualização, para estabelecer as bases para uma visão a respeito de como a utilização dos diversos mecanismos de consensualização na Administração Publica podem contribuir para a efetiva aplicação do fator ESG, bem como as limitações na aplicação deste instituto, na busca pelo alcance do ideal de desenvolvimento socioambiental e de governança do Estado.
Palavras-chave: ESG. Consensualização. Sustentabilidade.

Environmental, Social, and Governance (ESG) and the consensus of environmental administrative acts

Abstract: This article critically analyzes how environmental, social and governance (ESG) can be applied through the consensus institute in Public Administration. Through qualitative research using the hypothetical-deductive method and bibliographic research, the work has as its starting point the study of the concepts of ESG and consensus, to establish the bases for a vision about how the use of the different mechanisms of consensus in the Public Administration can contribute to the effective application of the ESG factor, as well as the limitations in the application of this institute, in the search for the achievement of the ideal of socio-environmental development and governance of the State.
Keywords: ESG. Consensus building. Sustainability.

INTRODUÇÃO

Este trabalho discorre sobre a consensualização como instrumento de aplicação da *Environmental Social And Governance (ESG)* e procurará demonstrar como a utilização do instituto da consensualização na Administração Pública pode servir para a aplicação do fator ESG como mecanismo de auxílio à obtenção do desenvolvimento socioambiental na busca do bem estar social.

Neste sentido, espera-se ao final um vislumbre a respeito da efetividade do instituto da consensualização, através da aplicação de seus diversos mecanismos, para a implementação das práticas ESG na Administração Pública, bem como as limitações na aplicação deste método nesta esfera de poder.

A abordagem da pesquisa é qualitativa e exploratória, utilizando-se do método hipotético dedutivo com vistas a estabelecer bases para a formulação de hipóteses.

No primeiro capítulo, através do breve escorço da pauta de desenvolvimento sustentável nas organizações, será observado que o pensamento acerca da sustentabilidade sofreu transformações ao longo de décadas, fortaleceu-se a ideia já vigente de nova concepção de sustentabilidade, alcançando de forma sistêmica os âmbitos social e de governança das nações, e não apenas o ambiental.

Na segunda parte, pretende-se analisar como o instituto da consensualização opera-se na Administração Pública e contribui para maior eficiência, através de breve digressão ao conceito de políticas públicas e cidadania, tendo como fim a mitigação dos conflitos entre Estado e cidadãos.

No terceiro capítulo, será discutido como a aplicação do instituto da consensualização através de mecanismos de democracia direta previstos na CF/88, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, as audiências e consultas públicas, o Compromisso de Ajustamento de Conduta, os mecanismos de mediação e arbitragem, e também as audiências de conciliação nos processos, constituem importantes instrumentos de aplicação dos fatores ESG.

1 *ENVIRONMENTAL SOCIAL AND GOVERNANCE*: BREVE ESCORÇO DA PAUTA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS ORGANIZAÇÕES

Neste capítulo será abordada uma breve linha evolutiva do surgimento da pauta de desenvolvimento sustentável nas Organizações calcada em um trabalho sistêmico a partir da tríade ESG.

A agenda do desenvolvimento sustentável das nações foi se desenvolvendo gradualmente através de décadas. Pode-se dizer que a partir dos anos de 1970 a preocupação com o meio ambiente se intensificou, "quando a população mundial passou a observar severas modificações na qualidade do ar, da água e do solo, em razão da forte e maciça degradação ambiental bancada pelos aportes do capitalismo insaciável pela necessidade do consumo" (AUTOR; 2018, p. 158).

Muito embora não seja possível determinar um marco inicial da gênese do pensamento sustentável, a conferência de Estocolmo em 1972 constitui importante marco, ao estabelecer o "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado" (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO, 1972).

A declaração deste direito inerente ao bem estar da humanidade, decorrente dos trabalhos de Estocolmo, foi determinante para que, posteriormente, em 1980, a Assembleia Geral das Nações Unidas declarasse a responsabilidade dos Estados pela preservação do meio ambiente.

A partir daí, as Nações se debruçaram de forma mais consistente ao desenvolvimento da pauta sustentável, elaborando políticas de Estado e cooperação, buscando proteger a integridade do meio ambiente, sendo que este escorço histórico não será aqui objeto de exame.

Elkington, em sua obra "Sustentabilidade: Canibais com garfo e faca", já trazia um prenúncio da tendência que se alvorava na iniciativa privada:

> Os deslocamentos sociais e econômicos agora afetam todas as nações industrializadas em um ambiente político extremamente instável, na tentativa de alcançar os objetivos de longo prazo como a sustentabilidade. Parcialmente como resultado, as empresas se encontraram em uma nova posição, mais central. O enfraquecimento relativo da influência do governo e do controle da globalização garante que as empresas terão de responder por alguns assuntos anteriormente vistos como políticos, e, portanto, necessariamente, terão de preservar o governo (ELKINGTON, 1997, p. 28).

Voltando a iniciativa pública, importa asseverar que no ano 2000, na virada do milênio, as nações participantes da Organização das Nações Unidas pactuaram oito objetivos de desenvolvimento do milênio, os chamados ODM, que deveriam ser alcançadas até 2015, e a aferição do progresso em cada indicador levaria em conta os dados iniciais obtidos em 1990.

Estes objetivos basicamente abrangiam ações de combate à pobreza, através do manejo de políticas de meio ambiente, saúde, educação, habitação, saneamento e promoção da igualdade de gênero, acrescidas de medidas visando a união global com o fim precípuo de alcançar o desenvolvimento sustentável.

Estabelece-se assim, nova concepção de sustentabilidade, que contempla sua multidimensionalidade, como retrata Gomes ao elucidar que "alinha-se a esse novo paradigma de desenvolvimento a sustentabilidade, que surge como meta a ser conquistada, de modo que as preocupações com o desenvolvimento sustentável vão muito além de proteger e preservar o meio ambiente" (AUTOR, 2017, p. 94).

Freitas ressalta que a "sustentabilidade é multidimensional, porque bem-estar é multidimensional" (FREITAS, 2016, p. 61), evidenciando assim o novo paradigma de sustentabilidade do milênio, uma vez que um meio ambiente equilibrado não garante, por si só, o bem-estar integral.

Neste sentido, Mafra também assinala o caráter multifatorial do conceito atual de desenvolvimento sustentável, asseverando que "a deterioração material do planeta é insustentável, mas a pobreza também é insustentável, a exclusão social também é insustentável, assim como a injustiça, a opressão, a escravidão e a dominação cultural e econômica" (MAFRA, 2015, p. 555).

Esta ideia constitui o cerne do sigla ESG, criada a partir das palavras *environmental, social* e *governance,* o que por sua vez corresponde às práticas ambientalmente amigáveis, com impacto social positivo e de boa governança das organizações.

Segundo a *homepage* do próprio Pacto Global das Nações Unidas, o termo ESG foi cunhado em 2004 em uma publicação do Pacto Global em parceria com o Banco Mundial, chamada Who Cares Wins[1]. Surgiu de uma provocação do secretário-geral da ONU, Kofi Annan, a 50 executivos comandantes de grandes instituições financeiras, sobre como integrar fatores sociais, ambientais e de governança no mercado de capitais."

A este respeito, assinala Pereira:

> Na mesma época, a UNEP-FI lançou o relatório Freshfield, que mostrava a importância da integração de fatores ESG para avaliação financeira. Esses movimentos serviram de fundamentos para a criação, em 2006, do PRI (Princípios do Investimento Responsável), que hoje possui mais de 3 mil signatários, com ativos sob gestão que ultrapassam USD 100 trilhões – em 2019, o PRI cresceu em torno de 20% (PEREIRA, 2020, p.3).

[1] Quem se importa, vence. Tradução livre.

Prosseguindo na elucidação do conceito, Pereira ressalta que "ESG não é uma evolução da sustentabilidade empresarial, mas sim a própria sustentabilidade empresarial" (PEREIRA, 2020, p.4). Desponta, assim, um conceito que, embora destinado incialmente ao mercado financeiro, reconhece as três dimensões do desenvolvimento sustentável, que devem ser trabalhadas de forma sistêmica, equilibrada e indivisível para consecução dos fins a que se destina.

Estes fins representam, em última análise, o bem estar da coletividade de forma perene e através de uma visão holística, conforme elucida Garcia ao ressaltar que as formas de pressão governamentais que fazem com que as empresas invistam em estratégias socioambientais, "são inerentes à sociedade pós-industrial, cujos valores são representados pela melhoria da qualidade de vida da sociedade e não apenas pelo sucesso econômico de um país" (GARCIA, 2017, p. 32).

Na Conferência das Nações Unidas realizadas no Rio de Janeiro em 2012, a RIO+20, os 193 Estados membros da organização evoluíram a pauta multifacetada do desenvolvimento sustentável representada pelos ODM e deste encontro nasceu um plano de ação, posteriormente aprimorado no ano de 2015, com dezessete objetivos globais a nortearem as ações dos países em direção à sustentabilidade, através da eliminação da pobreza extrema e da fome, oferecimento de educação, proteção ambiental, promoção de sociedades pacíficas e inclusivas, tendo como horizonte temporal limite o ano de 2.030. São os chamados Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), abaixo listados:

> Objetivo 1: Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares.
>
> Objetivo 2: Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura.
>
> Objetivo 3: Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.
>
> Objetivo 4: Assegurar a educação inclusiva, equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos.
>
> Objetivo 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.
>
> Objetivo 6: Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos.
>
> Objetivo 7: Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos.
>
> Objetivo 8: Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos.
>
> Objetivo 9: Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação.
>
> Objetivo 10: Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles.
>
> Objetivo 11: Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.
>
> Objetivo 12: Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis.
>
> Objetivo 13: Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos.
>
> Objetivo 14: Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável.
>
> Objetivo 15: Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade.

> Objetivo 16: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.
>
> Objetivo 17: Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. (NAÇÕES UNIDAS, 2015)

Os ODS, enquanto premissas gerais, se desdobraram em 169 metas a serem cumpridas pelos governos, sociedade civil e setor privado, com fincas a alcançar o objetivo maior, qual seja, o desenvolvimento sustentável para o bem estar de todas as gerações, presentes e futuras, até o ano de 2030.

Como se vê na redação dos objetivos, novamente a construção destes reconhece e ratifica o caráter multidimensional do desenvolvimento sustentável, que para ser alcançado deve inexoravelmente abordar não apenas os desafios ambientais, mas também os direitos sociais e as questões de governança nos setores público e privado, constituindo assim importante subsídio e um norte para o desenvolvimento das práticas ESG nas organizações.

O ESG, concebido originalmente como método de análise para inclusão de questões de desenvolvimento socioambiental e de governança no mercado financeiro, deu origem a diversos mecanismos de análise de seus indicadores, destacando-se a MSCI, expandiu-se como cultura corporativa de desenvolvimento sustentável para praticamente todos os demais setores, sendo que, como bem observa Leal, "as métricas ESG tem adotado alta aceitabilidade no mercado e propiciado uma análise atualizada de Posturas Socialmente Responsáveis, contribuindo para o que se tem de mais moderno em matéria de análise de performance socioambientalmente responsável." (LEAL, 2021, p. 50).

Desta forma, o ESG se consolida como análise integrativa da gestão da empresa, e sua função social, através do seu engajamento ambiental, social e humana, ética, legal e filantrópica, a balizar de forma perene, daqui em diante, a atividade das corporações.

2 DA CONSENSUALIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste capitulo, pretende-se analisar como o instituto da consensualização opera-se na Administração Pública e contribui para maior eficiência, e para tanto imprescindível breve digressão ao conceito de políticas públicas, uma vez que estas constituem a forma pela qual o Estado atua em busca dos interesses sociais relevantes, de acordo com as determinações de políticas e governos, dado que ao homem se impõe o convívio em sociedade sob a primazia do interesse público sobre o privado. É a "vontade geral" (volonté générale) trazida por Rousseau (ROUSSEAU, 2011, p.44), uma vez que a coletividade faz emergir o direito e as leis.

Neste sentido, Bucci afirma que as políticas públicas "são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, 2015, p. 241).

Para a consecução destes objetivos, o Estado utiliza uma miríade de frentes de atuação, que não se subsumem a estratégias de criação e implementação destas políticas, mas também a fiscalização e repreensão dos eventuais desvios, visando a efetividade das suas medidas intentadas em prol do bem estar coletivo.

Utilizando-se destes meios para obtenção dos fins almejados, o Estado historicamente utiliza o poder de polícia como importante ferramenta para alcançar determinados objetivos políticos ou jurídicos, conforme assevera Binenbojm:

> Com efeito, o poder de policia apresenta-se na atualidade como uma ordenação social e econômica que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições e induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e limites estabelecidos na Constituição (BINENBOJM, 2016, p. 71).

Esta ordenação, que ora ocorre através de força coercitiva, ora através de mecanismos de incentivo, tem a imperatividade como atributo principal a lhe conferir efetividade. No entanto, a CF/88 garantiu ao indivíduo a cidadania, em seu art. 1º, inciso II, outorgando-lhe ainda o poder de constituir o Estado como representante de seus interesses, através do sufrágio universal. Este direito/dever, por si só, lastreia o postulado da soberania popular, e devolve aos cidadãos não só a participação na atuação do Poder Público, mas a efetiva representação através deste, outrora suprimida nos governos ditatoriais e regimes absolutistas ou mesmo tirânicos.

Como observa Faleiros Junior:

> (...) a noção decorrente de expressões como administração consensual ou *soft administration* surge lastreada neste novo paradigma de democracia participativa, em que o Estado se afasta do modelo de tomada de decisões (decision making) eminentemente unilateral e impositivo e se aproxima dos indivíduos para propulsionar o debate em torno de questões de interesse comum (FALEIROS JUNIOR, 2017, p. 78)

O termo consensualização, segundo Marrara pode ser definido como "o movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas" (MARRARA, 2014, p. 40), onde o Poder Público não se atém a outorga de poderes concedida pelo povo para representá-los, mas volta-se a estes através de diversos mecanismos que visam a confirmação da vontade popular previamente a tomada de decisão relativa a determinado ato administrativo.

Este novo paradigma implementa nova técnica na atividade estatal concernente às tomadas de decisões, trazendo inexoravelmente como efeito a mitigação dos conflitos entre Estado e cidadãos, além de maior aproximação do ideal democrático do Estado de Direito, muito embora a garantia de efetividade e manutenção da ordem institucional ainda pressuponha a resolução por meio de atos imperativos e unilaterais pela Administração. Neste sentido, AUTOR ressalta:

> Seja considerado como representação da legitimidade primeira tida na CR/88 ou reconhecido como fonte de soberania oriunda dos princípios emanados do art. 1º da citada constituição, o princípio da participação popular é, sem dúvidas, o mandamento que, em última instância, está apto a conceder efetividade aos direitos fundamentais realizáveis e compatíveis com o anseio da coletividade" (AUTOR. 2020, p. 6).

Tanto através da CF/88, como na legislação infraconstitucional, o Legislador trouxe diversos mecanismos de operacionalização do instituto da consensualização na Administração Pública, sendo os principais as audiências e consultas públicas, plebiscitos e referendos, a participação de especialistas, representantes de agentes econômicos ou mesmo da sociedade civil em conselhos de política ou órgãos regulatórios, acordos de leniência, termos e compromissos de ajustamento de conduta, Termos de compromisso de cessação, dentre outros. Destaca-se ainda a "criação dos orçamentos participativos, pelos quais as prioridades orçamentárias passaram a ser definidas mediante consulta e com ativa colaboração da comunidade, revelando um exemplo claro da tendência à adoção deste novo modelo" (FALEIROS JUNIOR, 2017, p.72).

Como se vê, o instituto da consensualização na Administração Pública revela-se efetivo no fortalecimento da gestão sob a égide do princípio democrático, rompendo o paradigma anterior, no qual o Poder Público detinha poder absoluto na implementação de políticas que não raras

as vezes apresentavam gestão conflitante de ações, contrárias aos interesses de parte relevante da coletividade, e permeadas por burocracia e ineficiência.

Com a consensualização, o Estado fortalece a democracia participativa para atender de forma mais plena as demandas sociais, não apenas valendo-se de suas prerrogativas enquanto representante da coletividade através do sufrágio universal, mas efetivamente através de escuta ativa e contato constante com os anseios sociais, passando a "criar meios pelos quais os cidadãos se interessam pelo debate de problemas de interesse comum e que podem ser resolvidos mediante acordo" (AUTOR, 2020, p. 573)

3 A CONSENSUALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE APLICAÇÃO DA *ENVIRONMENTAL SOCIAL AND GOVERNANCE*: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES

Conforme demonstrado alhures, muito embora o ESG tenha nascido de uma provocação do secretário geral da ONU ao setor privado, passando a se desenvolver ao longo dos anos como um fator a balizar o mercado de investimentos, este pensamento deu origem a diversos mecanismos de análise de seus indicadores, e expandiu-se como cultura corporativa de desenvolvimento sustentável para praticamente todos os demais setores.

Em 1995, Michael Porter, o principal protagonista do debate "*pays to be green*", já preconizava uma mudança de cultura e postura ao afirmar que "estamos passando uma fase de transição da história industrial, na qual os executivos começam a perceber investimentos em ESG como uma oportunidade econômica e competitiva, ao invés de custo ou ameaça" (VAN DER LINDE, 1995). Nas últimas duas décadas, um número crescente de executivos tem alocado tempo e recursos em assuntos de estratégia empresarial que envolve a responsabilidade social das organizações (GARCIA, 2017, p. 8)

Muito embora ao setor público sempre coubesse a criação e o impulsionamento das políticas e diretrizes de desenvolvimento socioambiental nos âmbitos público e privado, dada a sua função precípua, a agenda ESG vem trazendo para a Administração Pública reflexos em sua forma de gestão prática. Hoje, através de seus gestores públicos, os governos estão buscando se alinhar às diretrizes das práticas sustentáveis, que notadamente vem se consolidando ao longo dos anos como um fator de atração para investimentos, parcerias público-privadas e também para políticas públicas.

E não é apenas no âmbito financeiro que o ESG atua no Poder Público, senão como uma mola propulsora para a realização do intento do Legislador na construção de um Estado Democrático, que efetivamente assegure "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias" (BRASIL, 1988).

Afinal, é impossível falar em um modelo ideal de gestão pública sem *accountability*[2] e transparência, sem a mensuração dos impactos das políticas públicas junto a coletividade enquanto destinatária destas, especificamente no que se refere a igualdade, justiça e oportunidades, e finalmente sem um olhar para o manejo de resíduos, a geração de emissões de gases do efeito

[2] Em tradução direta, a palavra **accountability** se traduz como prestação de contas. Alguns autores e estudiosos da gestão pública defendem que os termos controle, fiscalização, responsabilização, compromisso, proatividade e transparência também podem ser usados para definir o termo.

estufa e administração dos recursos naturais indispensáveis à vida, uma vez que estes três eixos são determinantes para o meio ambiente sadio e consequentemente para a própria perpetuação da vida humana no planeta.

Neste sentido, a aplicação do instituto da consensualização como instrumento de aplicação dos fatores ESG representa uma otimização dos princípios da Administração Pública, na medida em que proporciona ao Estado maior eficiência, transparência, ética e entrega da resolução das controvérsias, ao passo que garante ao particular a satisfação de suas vontades, com celeridade e efetividade, rumo ao bem estar comum. Afinal, a Administração Pública não tem um fim em si mesma, senão para servir ao homem.

O plebiscito e o referendo são instrumentos de democracia direta, previstos na CF/88 em seu art. 14. Do latim *plebiscitu* (decreto da plebe), o plebiscito pode ser convocado antes da criação de uma norma, dando aos cidadãos a oportunidade de aprovar ou não a questão a ser submetida. Já o referendo tem tempo diferente, já que pode ser evocado após a edição de lei, facultando à coletividade ratificá-la ou não. Como exemplo deste instrumento de consensualização, pode-se citar o referendo ocorrido em 23 de outubro de 2005, quando a população do Brasil foi consultada sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições, com vistas à aprovação ou não do disposto no art. 35 da lei 10.826 de 23 de dezembro de 2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento. Nesta consulta, os eleitores puderam votar a favor de importante questão que poderia impactar sobremaneira o desenvolvimento socioambiental da população.

O resultado deste referendo apontou que a população não concordava com o desarmamento, e diante das complexas questões que envolvem o armamento de uma coletividade, sobretudo diante da potencialidade de ocorrência de efeitos colaterais que colocariam em risco o próprio direito constitucional à vida, o Estado exerceu sua autoridade soberana, "desobedecendo" o referendo e mantendo a proibição de venda de armas de fogo. Aqui se evidencia uma limitação na aplicação do instituto da consensualização para aplicação de ESG, uma vez não há garantias de que a manifestação de vontade da coletividade em determinado momento histórico, vá efetivamente contribuir para o desenvolvimento socioambiental e de governança.

Outro instrumento de democracia direta que permite à população manifestar-se diretamente ao Legislativo, apresentando projetos de lei, é a Iniciativa Popular. Como exemplo, pode-se citar a Lei complementar 135/2010, a chamada "Lei da Ficha Limpa". Criada através da iniciativa popular, a norma torna inelegíveis para cargos eletivos os candidatos que no passado tenham cometido algum crime de natureza eleitoral ou qualquer outra infração relacionada a mandato pretérito. Não há dúvidas que aqui houve patente evolução das questões sociais e de governança a partir da edição da referida lei, criada a partir de um instrumento de consensualização.

No que se refere aos atos dos agentes públicos, as audiências públicas constituem outro importante mecanismo de consensualização. Faleiros explica que a audiência pública é sem dúvidas um dos institutos que melhor exemplificam a lógica da consensualização, pois "permite que a Administração Pública dialogue com a sociedade para facilitar o exercício legítimo e direto da cidadania popular, permitindo a apresentação de propostas, reclamações, dúvidas, viabilizando a discussão em torno de temas socialmente relevantes" (FALEIROS JUNIOR, 2017, p.83).

Um exemplo de aplicação deste instrumento de consensualização para a viabilizar práticas ESG na Administração Pública é a previsão constante na Lei Complementar nº. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) de audiências públicas nos processos de elaboração das leis orçamentárias anuais, o que permite diretamente a participação da população na estipulação das

prioridades orçamentárias, trazendo evidentes ganhos de governança, bem como socioambientais. Outro exemplo a guisa de demonstrar o que propõe este capítulo é a Audiência Pública SDM 09/20, ocorrida no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários-CMV, que discutiu a redução dos custos de observância do regime dos emissores de valores mobiliários com a inclusão de informações que reflitam aspectos sociais, ambientais e de governança corporativa.

Aqui novamente é possível se observar limitações ao instrumento, uma vez que as Audiências Públicas não são vinculativas, o que implica dizer que não haverá garantia de aplicação das sugestões, críticas e apontamentos veiculados neste ato, ainda que majoritários.

Há ainda os instrumentos que permitem a consensualização nos procedimentos processuais, que correlacionam o provimento de natureza processual à realização de um ato formalmente unilateral por parte do administrado (SCHIRATO; PALMA, 2011, p. 9). Como exemplo, tem-se o Compromisso de Ajustamento de Conduta, previsto na Lei nº 7.347/85, de ampla utilização pela Administração Pública para pactuar em instrumento específico com eficácia executiva extrajudicial, obrigações de fazer ou não fazer a serem cumpridas pelo administrado. Os termos de ajustamento de conduta têm sido amplamente utilizados pelo Ministério Público nos diversos âmbitos de sua competência, para impedir situações de ilegalidade, reparação de danos e ações de prevenção e mitigação por parte de violadores do direito coletivo, sobretudo no que se refere a responsabilizações por "danos causados ao meio-ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico", podendo se concluir que se trata de importante instrumento de consensualização com fincas a aplicação do fator ESG para um efetivo desenvolvimento socioambiental.

Finalmente, e ainda que os exemplos trazidos não esgotem o rol de instrumentos de consensualização como instrumento de aplicação de ESG, cita-se os mecanismos de mediação e arbitragem, e também as audiências de conciliação, que desempenham um relevante papel na busca pela resolução célere e efetiva das contendas entre administrador e administrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da consensualização é um fenômeno que possibilita a participação dos cidadãos na atuação do Poder Público, trazendo como efeito a mitigação dos conflitos entre Estado e cidadãos, além de maior aproximação do ideal democrático do Estado de Direito. O ESG, por sua vez, é fruto da agenda do desenvolvimento sustentável das nações, que foi se desenvolvendo gradualmente através de décadas, e ganha mais força a partir da virada do milênio, com a criação dos oito objetivos de desenvolvimento do milênio pelas nações participantes da ONU.

Essa nova concepção de sustentabilidade, que contempla sua multidimensionalidade e revela preocupações com o desenvolvimento sustentável que ultrapassam a ideia de que apenas proteger e preservar o meio ambiente traz a sustentabilidade, constitui o cerne do ESG, termo cunhado em 2004 a partir de uma provocação do secretário-geral da ONU a executivos comandantes de grandes instituições financeiras, sobre como integrar fatores sociais, ambientais e de governança no mercado de capitais, que expandiu-se como cultura corporativa de sustentabilidade para praticamente todos os demais setores, se consolidando como análise integrativa da gestão da empresa, e sua função social, por meio do seu engajamento ambiental, social e humana, ética, legal e filantrópica, a balizar de forma perene, a atividade das corporações.

No que se refere ao instituto da consensualização, trata-se de fenômeno que possibilita a voz ativa dos cidadãos na atuação do Poder Público, outrora suprimida nos governos absolutistas ou mesmo tirânicos. Este novo paradigma de democracia participativa implementa nova técnica

na atividade estatal concernente às tomadas de decisões, trazendo inexoravelmente como efeito a mitigação dos conflitos entre Estado e cidadãos, além de maior aproximação do ideal democrático do Estado de Direito, na medida em que flexibiliza o caráter unilateral da Política estatal.

Neste sentido, a aplicação do instituto da consensualização como instrumento de aplicação dos fatores ESG representa uma otimização dos princípios da Administração Pública, na medida em que proporciona ao Estado maior eficiência, transparência, ética e entrega da resolução das controvérsias, ao passo que garante ao particular a satisfação de suas vontades, com celeridade e efetividade, rumo ao bem estar comum.

Este trabalho procurou demonstrar que os instrumentos de democracia direta previstos na CF/88, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, as audiências e consultas públicas, bem como a consensualização nos procedimentos processuais, como o Compromisso de Ajustamento de Conduta, os mecanismos de mediação e arbitragem, e também as audiências de conciliação nos processos, constituem importantes mecanismos a desempenhar relevante papel na busca pela resolução célere e efetiva das questões que permeiam a relação entre administrador e administrado, sobretudo na contribuição para o desenvolvimento socioambiental e de governança. Neste sentido, constatou-se que a consensualização encontra espaço para atuação na Administração Pública para a consecução de políticas e medidas que visem ou facilitem a aplicação do fator ESG. No entanto, evidenciaram-se também limitações na aplicação do instituto, uma vez não há garantias de que a manifestação de vontade da coletividade em determinado momento histórico, vá efetivamente contribuir para o desenvolvimento socioambiental e de governança. Ademais, verificou-se que as manifestações advindas de alguns instrumentos de consensualização não são vinculativas, o que implica dizer que não haverá garantia de aplicação dos resultados destes atos, ainda que majoritários, como por exemplo as sugestões, críticas e apontamentos veiculados em audiência pública, ou mesmo o resultado de um referendo.

Finalmente, demonstrou-se que muito embora os exemplos trazidos para estudo de caso não esgotem o rol de instrumentos de consensualização como instrumento de aplicação de ESG, estes mecanismos desempenham relevante papel na busca pela eficiência na Administração Pública, na medida em que proporciona ao Estado maior eficiência, transparência, ética e entrega da resolução das controvérsias, ao passo que garante ao particular a satisfação de suas vontades, com celeridade e efetividade, dando-lhe voz para auxiliar na construção do bem estar comum.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte. Fórum, 2016.

BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1.985. **Diário Oficial da União.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 01 jul. 2022

BRASIL. Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000. **Diário Oficial da União.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 01 jul. 2022

BRASIL. Lei Complementar nº. 135, de 4 de junho de 2010. **Diário Oficial da União.** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em 01 jul. 2022

BUCCI, M. P. D. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

ELKINGTON, John. **Sustentabilidade, canibais com garfo e faca.** São Paulo: M. Books do Brasil. 2012.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, jul. 2017. Disponível em: https://www.enlaw.com.br/revista/394/ler#_=_. Acesso em: 02 jul. 2022.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Alexandre Sanches. **Associações entre desempenho financeiro e socioambiental:** um estudo das circunstâncias em que vale a pena ser verde. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em:

https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18261/Tese%20Alexandre%20Sanches%20Garcia%20com%20ficha%20catalografica.pdf?sequence=1&isAllowed=y

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 93-111out. 2017.

GOMES, Magno Federici; TEIXEIRA, Angélica Cristiny Ezequiel de Avelar. Da participação social nos licenciamentos ambientais: para além da audiência pública. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 128-146, jan./jun. 2017. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/7781 .Acesso em: 21/07/2022

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas Públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. **Revista Direito & Desenvolvimento**, João Pessoa, v.9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/667/560. Acesso em: 18/06/2022.

GOMES, Magno Federici; CARVALHO, Heloisa. Políticas Públicas Ambientais: Consensualização e Concertação. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE),** n. 2, v. 9, p. 561-588, 2021. Disponível em: www. u n i f a f i b e . c o m . b r / r e v i s t a / i n d e x . p h p / d i r e i t o s - s o c i a i s - p o l i t i c a s - p u b / i n d e x.Acesso em: 01 jul. 2022

LACY, P.; COOPER, T.; HAYWARD, R.; NEUBERGER, L. **A new era of sustainability:** UN Global Compact – Accenture CEO study 2010. http://www.accenture.com/SiteCollectionDocuments/PDF/

LEAL, Andrews de Oliveira. **Performance Socioambiental (ESG) de Empresas de Capital Aberto e seus reflexos econômicos**. 2021. 109f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, 2021.

MAFRA, Juliete Ruana. O paradigma da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro: um direito fundamental material. **Revista Eletrônica Direito e Política,** Itajaí, v. 10, n. 1, p.

547-566, jan. 2015. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7182/4080. Acesso em: 18 jun 2022.

MARRARA, Thiago (Org.). Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo:** transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014. cap. 01, p. 17-46.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS . **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano**. In: Anais Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano. Estocolmo, 6p., 1972.

PACTO GLOBAL. ESG. **Apresenta o conceito e a origem do termo.** Disponível em: https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg. Acesso em: 19 jun. 2022.

PEREIRA, Carlo. O ESG é uma preocupação que está tirando seu sono? Calma, nada mudou. **Revista Exame**, São Paulo, 08 out. 2020. Disponível em: https://exame.com/colunistas/carlo-pereira/esg-o-que-e-como-adotar-e-qual-e-a-relacao-com-a-sustentabilidade/. Acesso em 19 jun. 2022

PORTER, M.; VAN DER LINDE, C. **Green and Competitive:** Ending the Stalemate. The Harvard Business Review, v. 73, p. 120-134, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social.** Trad. Antônio P. Machado). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOUZA, J. C. DE; GOMES, M. F. Participação Popular na gestão transparente do Meio Ambiente: educação ambiental e direito à Informação. **Revista Jurídica da FA7**, v. 17, n. 1, p. 81-94, 25 maio 2020. Disponível em: https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/909. Acesso em 20 jul. 2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Espaço do Conhecimento**. Apresenta os 17 objetivos para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: https://www.ufmg.br/espacodoconhecimento/os-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/. Acesso em: 19 jun. 2022.

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Alan Benvenutti
Universidade de Caxias do Sul (UCS), Rio Grande do Sul.
alan_benvenutti@hotmail.com

Carlos Alberto Lunelli
Universidade de Caxias do Sul (UCS), Rio Grande do Sul.
calunelli@gmail.com

Resumo: Trata-se de uma apresentação sobre a utilização da arrecadação e fiscalização tributária como meio de atingir o preceito fundamental e constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este artigo tem como objetivo demostrar como uma fiscalização tributária efetiva, lícita e aplicada de forma correta, podem contribuir para a obtenção do tão cobiçado bem ambiental. Os materiais utilizados foram teses, artigos, doutrinas e a legislação. A conclusão demostra que se o poder público, através de seus legitimados para tal, utilizasse de forma coerente e em consonância com a legislação pátria, os incentivos fiscais, seria plenamente possível que o meio ambiente equilibrado seja garantido ou ao menos possível, possibilitando, portanto, que as futuras gerações tenham uma vida simbiótica com o meio ambiente equilibrado, tendo em vista que, a sua destruição é a própria extinção da humanidade.
Palavras-chave: Tributação. Direitos Fundamentais. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

Environmental Taxation: Extrafiscality as A Guarantee Instrument For The Ecologically Balanced Environment

Abstract: This is a presentation on the use of tax collection and taxation as a means of achieving the fundamental and constitutional precept of an ecologically balanced environment. This article aims to demonstrate how an effective, lawful and correctly applied tax inspection can contribute to the achievement of the long-dreamed environmental good. The materials used were theses, articles, doctrines and legislation. The conclusion shows that if the public authorities, through their legitimates for that purpose, used in a coherent manner and giving due attention to the environment it needs, Brazil, perhaps the world, certainly, we would be in line with the national legislation, as well as, guaranteed that future generations will have a symbiotic life with a balanced environment, since their destruction is the very extinction of humanity.
Keywords: Taxation. Fundamental Rights. Ecologically Balanced Environment.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o intuito de abordar assunto que gera inúmeras e complexas discussões no mundo todo, tanto na esfera social como jurídica, que é o almejado equilíbrio entre o meio ambiente e o desenvolvimento econômico.

No Brasil são utilizados incentivos fiscais no intuito de beneficiar os que preservam ou que se cerquem de cuidados com o meio ambiente, ou seja, o poder público fomenta o cuidado ambiental através desses institutos, concedendo descontos e até isenções aos contribuintes que cumprirem os requisitos da Lei, é possível a verificação de sua aplicabilidade quando se trata, por exemplo, do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS, Imposto de Renda – IR e Imposto Sobre Produtos Industriais – IPI.

Os impostos acima citados possuem característica incomum, que é a extrafiscalidade, não sendo usados apenas com fins arrecadatórios, mas também tem finalidade específica, que é o bem ambiental.

Importante mencionar, a título de exemplo inicial, a taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, que é tributo utilizado para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e que utilizam recursos naturais, através do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, à luz da Lei 7.894/89 e da própria Constituição Federal no Art. 25, §1º.

Como citado acima, é de suma importância a incidência de tais incentivos, assim, justifica-se a utilização de meios, principalmente na esfera tributária, com a finalidade de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A utilização e ampliação da extrafiscalidade dos impostos como meio balizador de arrecadação de recursos são umas das principais ferramentas para que isso ocorra, levando sempre em consideração a necessidade de harmonia com o desenvolvimento econômico, sendo evidente a enorme problemática apresentada.

1 A GARANTIA DO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO ATRAVÉS DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

A comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conceituou o que é desenvolvimento sustentável, "O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades".[1]

No mundo todo, e não poderia ser diferente do Brasil, busca-se alternativas para que haja um perfeito equilíbrio entre o bem ambiental e a economia, todavia, por se tratar de um assunto de extrema complexidade, ainda permance no campo da busca e de fragil implementação e até, aceitação por parte do poder público e da população, em geral.

A tributação ambiental é uma mescla entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental, onde se pleiteiam alternativas para que a questão ambiental seja beneficiada através da utilização de incentivos fiscais fornecidos aos contribuintes, pelo ente público, no intuito de fomentar o meio ambiente equilibrado.

Para HELENO, a tributação ambiental é o ramo da ciência do Direito Tributário que tem por objeto o estudo das normas jurídicas tributárias elaboradas em concurso com o exercício de competências ambientais, para determinar o uso de tributo na função instrumental de garantia ou preservação de bens ambientais.[2]

[1] Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro comum. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1991, p. 46. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf>Acesso em: 08 mar. 2021.

[2] TORRES, Heleno Taveira. Direito tributário ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 101-102.

Inclusive, além dos enormes problemas citados, existe também uma discordância no tange a fiscalização tributária, de um lado o fisco, que utiliza de diversos meios para que a fiscalização seja feita dentro dos meios legais, e do outro, o contribuinte que por vezes, entende que o posicionamento dos agentes fiscais não está dentro da legalidade, causando com isso uma forte insegurança jurídica ao que tange o tema proposto, tendo em vista que o fisco deve observar a legalidade dos seus atos, inclusive no momento da fiscalização, qualquer tipo de ilegalidade, causará siginaficativos impactos negativos na economia, atingindo também o meio ambiente, inclusive gerando sentimento de impunidade em toda sociedade, já que, não haverá a punição cabível ao infrator.

Fernando Magalhães Modé, afirma que:[3]

Desta forma, verifica-se que a tributação ambiental, em regra, não se estrutura, como ocorre nos mecanismos de comando, em face de uma dicotomia: permitido/proibido. A tributação ambiental, ao revés, parte do pressuposto de que todas as atividades econômicas que comportem a incidência de um tributo ambiental são lícitas, pois, se razão houvesse para tê-las como ilícitas, deveriam ser assim tratadas por normas de conteúdo proibitivo, e não pela tributação ambiental. [...] a razão motivadora da tributação ambiental não é a mesma sobre as quais se fundam as sanções. A aplicação da tributação ambiental não tem por objetivo punir o descumprimento de um comando normativo (proibitivo); ao contrário, a partir do reconhecimento de uma atividade econômica é necessária à sociedade (seja por fornecer produtos indispensáveis à vida social, seja por garantir empregos e renda a determinada comunidade, ou por outra razão qualquer) busca ajustá-la a uma realização mais adequada do ponto de vista ambiental, desincentivando (pelo reflexo econômico negativo que impõe) que o comportamento de um determinado agente econômico ou conjunto de agentes, se modifique para o que tenha por ambientalmente correto.

A tributação ambiental, segundo AMADO, tem o escopo de conferir tratamentos mais ou menos gravosos aos contribuintes que causarem impactos ambientais, inclusive o seu potencial poluidor também é levado em consideração (AMADO, 2014, p.890).

Para MONTEIRO, a principal característica dos tributos ambientais, é nortear os contribuintes de que, quanto mais benéfica a sua conduta é, maiores serão os seus benefícios, inclusive servindo como meio de educação ambiental (MONTEIRO, 2014, p.183).

Em suma, o Direito Tributário sob o viés ambiental é uma forma de que haja arrecadação e aplicação de recursos públicos ao meio ambiente, inclusive, tal necessidade se faz ainda mais urgente, tendo em vista o caos ambiental o que o nosso país vive.

Para FREITAS, os danos ambientais causados ao longo do tempo, de geração em geração, são no mínimo perceptíveis a qualquer cidadão, não podendo, o poder público, desmentir ou apaziguar a real situação, que é de extremamente grave e necessita de real atenção (FREITAS, 2012, p. 23).

Os tributos ambientais, são utilizados como meios de aplicação de políticas públicas, ou seja, o Estado, através disso propícia o fomento ambiental, visando sempre a perfeita harmonia entre o meio ambiente e o desenvolvimento econômico.

Há, de fato, uma necessidade de implementação de políticas públicas mais efetiva e ofensiva nesse sentido, não omitindo a questão legal aplicável ao caso, como, por exemplo, o previsto no Art. 3º do Código Tributário Nacional, já que, é vedado o caráter sancionatório dos tributos.

[3] MODÉ, Fernando Magalhães. Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2003. p. 81-83.

Trata-se, portanto, de uma tributação desrobotizada, ou seja, a tributação ambiental, através da extrafiscalidade, não é utilizada apenas com a finalidade arrecadatória, que é a regra quando se fala em tributos, tendo viés voltado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a captação de recursos financeiros ao Estado.

2 AS TAXAS AMBIENTAIS E A ATIVIDADE FISCALIZADORA

Quando se trata da espécie tributária taxa, o fato gerador é "o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição", nos termos do Art. 145, II, da Constituição Federal e Art. 77 do Código Tributário Nacional.

No que tange a base de cálculo, as taxas podem ser proporcionais ao custo dos serviços públicos prestados ou posto à disposição, e no caso das taxas ambientais também se leva em consideração o efetivo dano ambiental causado pelo contribuinte, ou também, o potencial dano que determinado contribuinte pode causar ao meio ambiente.

Em consonancia com o trazido acima, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 102.524-7 – SP[4].

Também, importante colacionar o entendimento da 2ª turma, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 100.201-SP[5]:

As taxas não podem ter a sua base de cálculo idêntica à utilizada no imposto, de acordo com a súmula Vinculante nº 29 do Supremo Tribunal Federal, "É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.".

No ordenamento jurídico, existem algumas taxas que são exclusivamente direcionadas ao meio ambiente, considerando o poder de polícia, que é exercido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, nos termos da Lei 7.894/89 no âmbito federal, e por vezes, no âmbito estadual nos termos do Art. 25, § 1º da Constituição Federal.

A Lei nº 9.960/00 instituiu taxas referente ao poder de polícia, ou seja, se o contribuinte requer autorizações, registros, vistorias e licenças, deve pagar a taxa relativa ao serviço necessário. Assim, a incidência da taxa apenas se configura quando efetivamente prestada ao contribuinte, não podendo ser cobrada pela simples colocação à disposição.

O IBAMA, ao ser provocado pelos contribuintes, deve observar os valores constantes no anexo da referida Lei, porém, a sua aplicabilidade é exclusivamente se aplicável nos casos de efetiva prestação dos serviços, não podendo a mera disposição dos serviços, ensejar qualquer tipo de cobrança.

[4] O mesmo plenário também tem afirmado em matéria de taxa judiciária que "...tem ela, como toda taxa com caráter de contraprestação, um limite que é o custo da atividade do Estado dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada dificuldade de se saber, exatamente o custo dos serviços a que corresponde a contraprestação". https://jurisprudencia.juristas.com.br/jurisprudencias/post/stf-re-102524-sp-sc3a3o-paulo-recurso-extraordinc3a1rio - Acessado em 22/02/2021.

[5] Sendo a taxa uma contraprestação da atividade estatal (...), a taxa de licença não pode ter por base de cálculo o valor do patrimonio, a renda, o volume da produção, o número de empregados ou outros elementos que nao digam respeito ao custo da atividade estatal, no exercício do poder de polícia. http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo724.htm - Acessado em 22/02/202

A taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, foi instituída pela Lei nº 10.165/00, tendo como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras dos recursos naturais. Evidencia-se que o sujeito passivo da TCFA é todo aquele que exerça as atividades constantes do Anexo VIII da Lei nº 10.165/00.

O referido anexo traz uma relação de atividades que são potencialmente mais poluidoras.[6]

Evidencia-se que, a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA é cobrada trimestralmente do contribuinte, e leva em consideração para apuração da base de cálculo, o porte da empresa e o potencial de poluição, ou seja, quanto maior a empresa e de maior probabilidade de dano ambiental, maior será o valor da TCFA.

Há, também, a possibilidade de isenção ao pagamento da TCFA, porém, seguem-se as diretrizes do Código Tributário Nacional, prevista no Art. 175, I, do CTN, abrangendo, órgãos públicos federais, estaduais, municipais e distritais, entidades filantrópicas e os demais previstos em Lei, sendo que, é possível a compensação de até sessenta por cento do valor devido a título da TCFA, nos termos do Art. 17-P da Lei nº 10.165/00[7], todavia, para que se viabilize a referida compensação, se faz necessário convenio entre o IBAMA e os Estados, Municípios e o Distrito Federal, à luz do Art. 17-Q da Lei nº 10.165/00[8].

Por fim, a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, possui caráter extrafiscal, já que, sua finalidade ultrapassa a mera arrecadação, buscando a intervenção e regulação da atividade pelo Estado. Ocorre que, até o dia 31 de março de cada ano, o contribuinte deve entregar, ao IBAMA, relatório das Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de recursos naturais, sendo que, na posse do referido relatório, o órgão fiscalizador fiscaliza as ações da empresa que possam ter impacto ambiental, bem como, caracteriza a atuação ambiental, interferindo positiva ou negativamente no valor pago pelas empresas. A TCFA é um instrumento fiscalizatório de enorme importância para os entes federativos, visto que, monitora as atividades com maior potencial poluidor e garante a arrecadação para um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A referida Taxa deve ser acompanhada de um processo fiscalizatório lícito, sendo que, o principal objetivo da fiscalização tributária é a arrecadação de tributos e no caso TCFA, a arrecadação é direcionado ao meio ambiente, para isso, o fisco, age de forma inquisitória e investigativa, na pessoa de seu agente legal. Mas também, tem o cunho de garantir que a Lei tributária seja cumprida, ou seja, realiza-se a fiscalização para que seja apurado se as obrigações principais e acessórias estão sendo feitas, como isso, garante o fisco que, caso não haja o cumprimento da Lei aplicada a cada caso concreto, que a mesma seja cumprida.

Reginaldo de França classifica como, objetivo imediato e mediato, sendo que o primeiro tem característica imediatista, ou seja, os objetivos são alcançados no momento da ação, pelo

[6] 1 – extração e tratamento de minerais; 2 – indústria de produtos minerais não metálico; 3 – indústria metalúrgica; 4 – indústria mecânica; 5 – indústria de material elétrico, eletrônico e comunicações; 6 – indústria de material de transporte; 7 – indústria de madeira; 8 – indústria de papel e celulose; 9 – indústria de borracha; 10 – indústria de couro e peles; 11 – indústria têxtil, de vestuário, calçados e artigos feitos de tecidos; 12 – indústria de produtos de matéria plástica; 13 – indústria do fumo; 14 – indústrias diversas; 15 – indústria química; 16 – indústria de produtos alimentares e bebidas; 17 – serviços de utilidade; 18 – transporte, terminais, depósitos e comércio; 19 – turismo; 20 – uso de recursos naturais.

[7] Art. 17-P. Constitui crédito para compensação com o valor devido a título de TCFA, até o limite de sessenta por cento e relativamente ao mesmo ano, o montante efetivamente pago pelo estabelecimento ao Estado, ao Município e ao Distrito Federal em razão de taxa de fiscalização ambiental.

[8] Art. 17-Q. É o Ibama autorizado a celebrar convênios com os Estados, os Municípios e o Distrito Federal para desempenharem atividades de fiscalização ambiental, podendo repassar-lhes parcela da receita obtida com a TCFA.

fisco, como, por exemplo, na orientação ou fiscalização propriamente dita. Já, o segundo, atinge os seus objetivos, posteriormente, como quando se realiza uma investigação, a ação é iniciado, porém, o ser deslinde somente se dará ao final (FRANÇA, 2003, p. 67-68).

Neste compasso, é importante salientar o caráter de orientação, fiscalização e investigação por parte da fiscalização tributária, o caráter de orientação é o meio onde a administração tributária coloca à disposição dos contribuintes, ferramentas para orientar os mesmos, do quanto ou o que devem tributar, como exemplo, os setores de consulta junto a administração tributária.

Quanto ao controle de fiscalização, é uma espécie de base de dados da administração tributária, onde estão armazenados dados de cadastro de contribuintes onde em caso de desobediência a qualquer norma legal é realizado o cancelamento da inscrição do contribuinte infrator.

Ao que tange o caráter investigatório, a fiscalização tributária investiga os contribuintes para verificar se, o que foi recolhido realmente está em conformidade com a lei, e se não foi declarado um valor equivocado, para fins de sonegação fiscal.

Para James Martins, o Estado, de forma não corriqueira, realiza a investigação dos contribuintes para verificar, se de fato, houve a correta apuração e recolhimento dos encargos tributários (JAMES, 2014, p. 220-221).

Quanto ao caráter investigatório, é o meio onde a administração pública realiza a investigação dos contribuintes a fim de verificar se o valor ou a base de cálculo empregada está devidamente correta.

Para Mary Elbe Gomes Queiroz, a investigação é uma inovação para a ação fiscal, como, por exemplo, o fisco ao verificar a autenticidade das informações prestadas pelos contribuintes, de forma espontânea, constatando, ou não, irregularidades, tais como, sonegação, infrações ou crimes tributários, mas também, crimes penais (QUEIROZ GOMES, 1999, p. 151).

Há também de se salientar que existe o caráter inquisitório, sancionatório e discricionário da fiscalização tributária.

O caráter inquisitório significa, que o fisco, através de seus agentes legais, possuem a prerrogativa de ir além do que apenas a oitiva testemunhal ou pelas provas produzidas pelos contribuintes.

Nesse sentido, importante lição de QUEIROZ GOMES, "O fato tributário será apurado *ex officio,* devendo a autoridade administrativa presidir a determinação do modo e a extensão dessa apuração, não estando adstrita, apenas, às alegações e as provas dessa apuração, não estando ads- trita, apenas, às alegações e provas produzidas pela parte[9].

Diante do exposto, deve haver uma precaução no sentido da inquisitoriedade, onde a mesma deve ser pautada de cautela, prudência e objetividade, a falta de tais precauções podem e vão ocasionar abusos por parte da administração tributária.

O caráter sancionatório é explicado por Reginaldo França, afirmando que, quando o fisco, ao iniciar um procedimento regular de fiscalização, apura que, o contribuinte cometeu alguma irregularidade, lança de ofício o tributo, sempre acompanhado da multa aplicável ao caso, importante também mencionar que, no momento em que o fisco instaura o procedimento fiscal não é mais possível que o contribuinte se retrate, e recolha o tributo sem o ônus da multa (FRANÇA, 2003, p. 72).

[9] QUIROZ GOMES, Mary Elbe Gomes, Do lançamento Tributário – Execução e Controle. São Paulo: Dialética, 1999, p.112.

E por fim, mas também de suma importância ao tema, o caráter discricionário, que é um dos principais pontos abordados no presente trabalho, pois, a administração tributária é dotada de ampla discricionariedade da atividade tributária.

Importante salientar que há uma corrente doutrinária que não concorda com tal amplitude, necessário o entendimento de Reginaldo França "Há sim, como parte da atividade administrativa um certo grau de discricionariedade na fiscalização. Esta discricionariedade, entretanto, mais se manifesta quando se planejam políticas e estratégias da ação fiscal, ou seja, quanto ao momento, forma e âmbito de alcance da investigação."[10]

De outra banda ensina Maria Di Pietro, "Aliás, esta margem de discricionariedade advém das próprias normas que regulam o poder de polícia fiscal, propiciando que a Administração identifique o patrimônio, os rendimentos e atividades econômicas dos contribuintes, sujeitos à tributação. Discricionariedade administrativa nada mais é do que a faculdade que a lei confere à Administração Pública para apreciar os casos concretos, segunda critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito."[11]

É possível elencar algumas situações em que existe discricionariedade, como, quando a uma queda inexplicável na arrecadação de determinado segmento e quando se ignoram ações em setores de pouca expressão econômica, ou seja, a discricionariedade é uma medida de exceção, já que, como se sabe, o Direito Tributário é norteado de não discricionariedade.

Importante mencionar que, a atividade fiscalizadora é norteada por inúmeros princípios, quais sejam, Princípio da Legalidade, Supremacia do Interesse Público, Anterioridade, Oficialidade, Publicidade, Não Confisco, Não Cumulatividade, Eficiência e da Autoridade Competente.

3 A EXTRAFISCALIDADE: UMA POSSIBILIDADE PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL

O Brasil, utiliza o instituto dos Impostos para fomentar e destinar recursos ao Meio Ambiente, fazendo uso de estímulos fiscais com repasses de recursos públicos, através de dedução fiscal, sendo que, tal possibilidade somente é possível de acordo com extrafiscalidade dos impostos, e desde que sejam cumpridos determinados requisitos, que estão previstos em Lei, conforme as especificidades que passamos a expor.

Primeiramente, cabe a explicação Fadretti acerca da extrafiscalidade, os tributos possuem, como principal característica a arrecadação, todavia, parte de sua arrecadação pode ser destinada para incentivar determinadas atividades e setores, obtendo com isso, a característica da extrafiscalidade (FEDRETTI, 214, p. 291).

Segundo Carraza, a extrafiscalidade é quando o legislador induz os contribuintes a fazer ou deixar de fazer algo, em prol do interesse coletivo, como no caso do presente estudo, o legislador pode prever incentivos fiscais aos contribuintes que se preocupam com a questão ambiental (CARRAZA, 2003, p. 96).

Por óbvio que, o legislador deve se cercar de cuidados para que as funções extrafiscal e fiscal não sejam desvirtuadas, sob pena de resultar abusos.

[10] FRANÇA, Reginaldo, Fiscalização Tributária, 2003, p. 73.
[11] DI PIETRO, Mari.a Sylvia Zanella. A discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 171.-

A respeito disso, alerta Heleno Torres que, é de suma importância que haja um resguardo à sociedade, tendo em vista que é possível utilizar de artimanhas, principalmente no legislativo, para ampliar a carga tributária geral, sob o pretexto da atividade estatal de proteção ao meio ambiente e demais medidas preservacionistas (TÔRRES, 2005, p. 101).

Inicialmente, o imposto de renda está regulamentado no Decreto Lei nº 9.580/2018, e tem como fato gerar, a renda e proventos de qualquer natureza, sendo que é um dos principais impostos da União, e além citado, esse imposto apresenta um importante papel para o Meio Ambiente, visto que, parte do seu valor devido pode sofrer um abatimento, de acordo com a Lei nº 5.106/96.

Tanto pessoas jurídicas, como físicas podem se valer do desconto oferecido pela Lei, podendo, inclusive, chegar a abatimento de 50% (cinquenta por cento), desde que implementem o florestamento e/ou reflorestamento de suas áreas, nos termos da Lei.

O Art. 2º da Lei nº 5.106/66 disciplina os requisitos que devem ser preenchidos para que as pessoas jurídicas e/ou físicas possam fazer jus ao desconto oferecido.[12]

Verifica-se, claramente, no dispositivo acima colacionado que os contribuintes devem realizar diversas ações que visam o bem ambiental, logo, é um importante instituto jurídico para que se alcance ou ao menos chegue mais próximo de um meio ambiente equilibrado.

Esse, sem dúvida, foi um marco histórico para a área do Direito Tributário Ambiental, todavia, hoje, necessita-se de uma evolução no que diz respeito aos incentivos fiscais voltados ao Meio Ambiente.

Está em tramitação, na assembleia legislativa, o Projeto de Lei nº 4718/19, prevendo inclusive descontos de até 80% (oitenta por cento) sobre os valores devidos a título de Imposto de Renda. O referido projeto visa ampliar os percentuais previstos na Lei nº 5.106/66 em até 30% (trinta por cento), o que, para os fins ambientais, certamente será um divisor de águas do meio ambiente ecologicamente equilibrado, aliando o bem ambiental ao desenvolvimento econômico.

Com base no exposto, é possível afirmar que o Imposto de Renda Ecológico é um importante aliado do Meio Ambiente, já que incentiva o florestamento, reflorestamento e a preservação ambiental como um todo.

Por sua vez, o Imposto Sobre Produtos Industrializados está disciplinado nos Arts. 46 a 51 do Código Tributário Nacional e no Art. 153 da Constituição Federal, e seguindo a linha do Imposto de Renda, o IPI possui, como característica, a extrafiscalidade, por conseguinte, pode ser utilizado como instrumento de implementação de um meio ambiente equilibrado.

Cabe destacar que, o IPI segue o Princípio da Seletividade, de acordo com o Art. 153, § 3º, I da Carta Magna.

[12] Art. 2º As pessoas físicas ou jurídicas só terão direito ao abatimento ou desconto de que trata este artigo desde que: **(Vide art. 3º da Lei nº 5.531, de 13/11/1968)**

a) realizem o florestamento ou reflorestamento em terras de que tenham justa posse, a título de proprietário, usufrutuários ou detentores do domínio útil ou de que, de outra forma, tenham o uso, inclusive como locatários ou comodatários;

b) tenham seu projeto previamente aprovado pelo Ministério da Agricultura, compreendendo um programa de plantio anual mínimo de 10.000 (dez mil) árvores;

c) o florestamento ou reflorestamento projetados possam, a juízo do Ministério da Agricultura, servir de base à exploração econômica ou à conservação do solo e dos regimes das águas.

O IPI será seletivo em razão da sua essencialidade, ou seja, quanto mais essencial for, menor à alíquota aplicada, sendo que a recíproca também é verdadeira, se o produto não for considerado essencial, a sua alíquota será maior.

No que tange o princípio da seletividade, importante o ensinamento de BALEEIRO, deve-se, dar tratamento diferenciado à algumas mercadorias, com aplicação de alíquotas diferenciadas, mais brandas, desde que essas sejam essenciais à sociedade. No que diz respeito às mercadorias que não são essenciais à sobrevivência e organização da sociedade, devem suportar cargas tributárias maiores (BALLEIRO, 2006, p. 111).

Também, faz-se necessário trazer ao presente artigo, o que afirma LOPES, no que diz respeito ao IPI sob o viés ambiental, como é sabido, o IPI deve ser tributado, exclusivamente com base essencialidade dos produtos, todavia esse conceito deve ser modernizado, aplicando-se a essencialidade ambiental, incentivando, com isso, o bem ambiental (LOPES, 2008, p. 118)

Importante, o entendimento de Roque Antônio Carrazza acerca do tema, trazendo a tona a enorme importância que ter se a legislação acerca do IPI, utilizasse como premissa a tributação diferenciada para a comercialização de produtos industrializados ecologicamente corretos, estando em conformidade com o nomo modelo de aplicação do princípio da seletividade, sob o enfoque ambiental (CARRAZZA, 2012, p. 731).

O Imposto Sobre Produtos Industrializado, também é utilizado como forma de incentivar os contribuintes a buscarem alternativas que auxiliem o meio ambiente, e consequentemente receberão vantagens e incentivos fiscais. Como exemplo, podemos citar a Lei 13.097/15 que alterou os Arts. 5º e 6º da Lei nº 12.375/10, prevendo que, se as empresas realizarem a aquisição de resíduos sólidos para utilização como matéria-prima, ou de forma intermediária no processo produtivo, terão direito a crédito presumido.

É possível que os contribuintes façam jus a isenção do IPI, desde que, em suas atividades, utilizem produtos reciclados, sendo que, tal benesse se estende aos veículos elétricos, de baixa emissão de poluentes e baixo consumo de combustível, nos termos da Resolução Camex nº 97/2015.

Embora os incentivos relativos ao IPI são, ainda, insuficientes, verifica-se, claramente que existem benefícios aos contribuintes que preencherem os requisitos legais.

Neste momento, passa-se à análise do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS, sob a perspectiva de aplicação ao meio ambiente.

Segundo Lise Tupiassu, o ICMS Ecológico busca desenvolver alternativas aos municípios que possuem dificuldades com a preponderância das atividades econômicas clássicas, já que, o uso do solo é restrito e já, de certa forma, comprometido, todavia a aplicação do ICMS Ecológico, pode trazer alternativas de extrema valia para a sociedade, sem prejuízo da economia (TUPIASSU, 2006, p. 281).

O ICMS é o principal imposto do estado, e é a sua principal fonte de arrecadação, porém, o seu impacto é também percebido nos municípios, que vão receber parcelas maiores do que as que comumente fazem jus, desde que, suas ações e medidas sejam voltadas ao bem ambiental, bem como, suas particularidades e o compromisso assumido com o bem ambiental.

Ainda, TUPIASSU, alerta acerca da não aceitação dos municípios:[13], ocorre que, se os municípios se dedicarem a exploração da atividade econômica tradicional em detrimento da preservação ambiental, por óbvio que, terão maior receita, em comparação aos que sinalizam uma maior proteção ambiental, tendo em vista que, no primeiro a circulação de mercadorias é infinitamente maior que na segunda hipótese, todavia, o risco com impactos ambientas negativos são, também, infinitamente maiores aos que negligenciam o Meio Ambiente. É importante ressaltar que, a devida atenção ao meio ambiente não pode ser um empecilho à evolução ambiental, eis que, podem coexistir de forma sustentável (TUPIASSU, 2006, p. 294-296).

O ICMS, também é ferramenta fundamental para a destinação de recursos para o meio ambiente, inclusive na esfera municipal, já que, quanto maior o seu compromisso com o meio ambiente, maior seja a contraprestação financeira que receberá.

Passa-se a um dos grandes aliados do meio ambiente é o Imposto Territorial Rural, tendo em vista que possui finalidade extrafiscal e está prevista na Constituição Federal, no Art. §4º, I, deixando clara a ideia do legislador ao prever que o referido imposto obedecerá à progressividade extrafiscal, levando em consideração que quando mais produtiva a propriedade for, menos o proprietário pagará de ITR.

Além, da seara ambiental, o ITR também tem função importante junto aos produtores, já que, quando maior a sua produção, ou seja, função social, menor será a alíquota aplicada, aliando assim, o meio ambiente e a economia.

Há de se salientar que também, existe a possibilidade de isenção do Imposto Territorial Rural, conforme a Lei nº 9.393/96 em seu Art. 10º.[14]

Conforme se verifica, existem áreas que são de suma importância para a vida humana, sendo, de certa forma, protegidas pela legislação citada, concedendo incentivos fiscais aos que cumprirem os requisitos da Lei.

Inclusive, frisa-se que a Lei nº 9.393/96 e o Decreto nº 4.382/02 disciplinam a aplicabilidade, requisitos e beneficiários dos benefícios trazidos pelo ITR.

O ITR tem papel importantíssimo para o meio ambiente e o desenvolvimento econômico, já que, de acordo com a Constituição Federal, toda propriedade rural deve atender a sua função social, o que garante que as terras rurais sejam melhores aproveitadas, incentivando, inclusive a proteção ambiental, através de benéficos tributários, que vão de aplicação de alíquotas menores ou isenção do tributo.

[13] 14 TUPIASSU, Lise Vieira de Costa. Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 294.

[14] Art. 10.

§ 1º Para os efeitos de apuração do ITR, considerar-se-á:

I - VTN, o valor do imóvel, excluídos os valores relativos a:

d) florestas plantadas;

II - área tributável, a área total do imóvel, menos as áreas:

a) de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei 12.651, de 25 de maio de 2012;

b) de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior;

d) sob regime de servidão ambiental;

e) cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação ambiental e a tributária têm muito a evoluir, porém, de acordo com o estudado, há sinais de incentivos ao bem ambiental e o desenvolvimento sustentável, aliados a uma fiscalização eficaz e lícita, o que não pode ser ignorado.

Tal estudo é de tamanha complexidade, tendo em vista que um dos grandes problemas mundiais é conciliar de forma sensata a produção e a economia com o meio ambiente equilibrado, o que por óbvio, não é tarefa fácil, porém, é possível.

Outro ponto que é de suma importância é de uma necessidade emergencial de atualização do Código Tributário Nacional e Constituição Federal, concedendo a outros tributos a extrafiscalidade, modernização das fiscalizações, sendo esses, importantes aliados do meio ambiente sustentável, viabilizando, portanto, incentivos e aplicabilidade aos contribuintes, com deduções e isenções de tributos.

A questão principiológica relacionada ao presente estudo, é de extrema valia, visto que todo nosso ordenamento jurídico tem por base, os princípios, não poderia ser diferente quanto a fiscalização tributária e a concessão de benefícios fiscais para auxiliar o bem ambiental, ao contrário, por versar sobre direito ambiental, financeiro, patrimonial e a própria subsistência da administração pública, tem uma forte presença dos princípios que os regem, e rigidez que se destaca quanto ao cumprimento do princípio da legalidade.

São inúmeras as dúvidas relacionadas ao estudo proposto, frente as lacunas legais e demais aspectos amplamente estudados, não há uma fórmula mágica e nem como unificar as possíveis condutas, visto que cada caso é um caso e depende de uma interpretação por parte dos agentes tributários e contribuintes, e em últimas instâncias o judiciário, até que não haja uma consolidação legal para que os atuais assuntos apresentados sejam tratados da forma correta, gerando para a sociedade a tão sonhada segurança jurídica.

Por fim, é evidente que necessitamos de mais, no que diz respeito aos incentivos para o meio ambiente e para os próprios sistemas fiscalizatórios, e sem dúvida é o que se fará, já que, não há vida humana sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado e desenvolvimento econômico em perfeita simbiose.

REFERÊNCIAS

ABRETTI, Láudio Camargo. **Contabilidade Tributária**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro. 2010.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19ª ed. Malheiros: São Paulo, 2003

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1991. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf.>

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Mari.a Sylvia Zanella. **A discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FRANÇA, Reginaldo. **Fiscalização Tributária**. Coritiba. Editra Juruá.2003

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **Reforma Tributária Ambiental**. Análise Constitucional e elaboração de Propostas. São Paulo. 2008.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro**. São Paulo. 2014.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente.** Curitiba: Juruá, 2003.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUEIROZ GOMES, Mary Elbe, **A inexistência de sigilo bancário, RDT**, n. 76. 2005.

QUIROZ GOMES, Mary Elbe Gomes, **Do lançamento Tributário – Execução e Controle**. São Paulo: Dialética, 1999.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Da Relação entre Competências Constitucionais Tributária e Ambiental – Os Limites dos Chamados "Tributos Ambientais**". In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUPIASSU, Lise Vieira de Costa. **Tributação ambiental:** a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

(IN)APLICABILIDADE DO ADÁGIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NA DECISÃO DE PRONÚNCIA: CRÍTICAS À POSTURA NEOPRAGMATISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA DOUTRINA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha
Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Espírito Santo.
grazidbittencourt@hotmail.com

Cássius Guimarães Chai
Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Espírito Santo.
cassiuschai@gmail.com

Resumo: Num contexto de forte crise de legitimidade das instituições republicanas, o artigo indagou: a (in)aplicabilidade do adágio *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia pelo Supremo Tribunal Federal estaria alinhada ao viés neopragmático ou se pauta na identificação da resposta correta única, seguindo a teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin? Estabeleceu-se, como objetivo geral, identificar a racionalidade dispensada pelo Supremo Tribunal Federal para a definição do *standard* probatório necessário para a decisão de pronúncia e a consequente (in)aplicabilidade do adágio *in dubio pro societate* nesta decisão. Nesse recorte, buscou-se compreender a (in)aplicabilidade do *in dubio pro societate* para o proferimento da pronúncia, na perspectiva do exercício democrático do controle judicial, enquanto essência do processo penal de cariz constitucional, bem como identificar o estado da arte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na definição deste *standard* probatório, a partir de uma filtragem hermenêutica à luz da tese do "Direito como Integridade" de Ronald Dworkin. Partiu-se da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal assume uma postura neopragmática acerca do critério sobre o *standard* probatório necessário para a decisão de pronúncia e consequente (in)aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* nesta decisão, provocando uma disfuncionalidade do sistema federalista e democrático, bem como que a identificação da resposta correta única seria suficiente para preservar a coerência do sistema federalista e democrático. A relevância do tema se reverbera não somente na sua atualidade, diante de pungentes debates jurídicos na órbita do Supremo Tribunal Federal, mas também é relevante aos magistrados na condução dos casos analisados, aos jurisdicionados e ao sistema de justiça como um todo. A pesquisa foi desenvolvida pela metodologia quanti-qualitativa, recorrendo às técnicas de levantamento de dados e interpretação, adotando abordagem híbrida, dedutiva e indutiva, com procedimento de revisão bibliográfica, documental e de estudos de caso.

Palavras-chaves: *In dubio pro societate*. Tribunal do júri. Direito como Integridade. Pragmatismo.

(In)applicability of the adage in dubio pro societate in the pronunciation decision: criticism of the neopragmatic posture of the Brazilian Federal Supreme Court in the light of Ronald Dworkin's doctrine of law as integrity.

Abstract: In a context of a strong crisis of legitimacy of republican institutions, the article asked: is the definition of the (in)applicability of the adage *in dubio pro societate* in the pronouncement decision by the Federal Supreme Court aligned with the neopragmatic bias or is it based on the identification of the single correct answer, following Ronald Dworkin's theory of Law as Integrity? It was established, as a general objective, to identify the rationality dispensed by the Federal Supreme Court for the definition of the evidentiary standard necessary for the pronouncement decision and the consequent (in)applicability of the adage *in dubio pro societate* in this decision. In this clipping, we sought to understand the (in)applicability of the *in dubio pro societate* for the pronouncement of the pronunciation, from the perspective of the democratic exercise of judicial control, as the essence of the criminal process of a constitutional nature, as well as to identify the jurisprudence of the Federal Supreme Court in the definition of this evidentiary standard, from a hermeneutic filtering in the light of Ronald Dworkin's thesis of "Law as Integrity". It started from the hypothesis that the Federal Supreme Court takes a neopragmatic stance regarding the criterion on the evidentiary standard necessary for the pronunciation decision and consequent (in)applicability of the *in dubio pro societate* principle in this decision, causing a dysfunctionality of the federalist system and democratic, as well as that the identification of the single correct answer would be enough to preserve the coherence of the federalist and democratic system. The relevance of the topic reverberates not only in its actuality, in the face of poignant legal debates in the orbit of the Federal Supreme Court, but it is also relevant to the magistrates in the conduct of the analyzed cases, to the jurisdictions and to the justice system. The research was developed using a quantitative-qualitative methodology, using data collection and interpretation techniques, adopting a hybrid, deductive and inductive approach, with a bibliographic, document and case studies review procedure.
Keywords: *In dubio pro societate*. Jury court. Law as Integrity. Pragmatism.

INTRODUÇÃO

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro não preveja critérios rígidos de valoração da prova para a prolação da decisão de pronúncia no procedimento bifásico do tribunal do júri, a tradição em matéria processual penal é de que, nesta fase, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*. Para essa corrente, preserva-se a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal de 1988. Lado outro, uma corrente contrária sustenta que a valoração racional da prova penal inadmite o envio de casos à segunda fase do procedimento do júri sem um lastro probatório mínimo da acusação, ante a prevalência do princípio da presunção de inocência. Limita-se, deste modo, o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais do acusado, nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgado pelo Decreto nº 678/1992.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é divergente quanto à admissibilidade do *in dubio pro societate* e consequente identificação do critério sobre o standard probatório necessário para lastrear a decisão de pronúncia. Decerto, o embate hermenêutico é resultado de uma concepção plural da Corte Constitucional, característica própria de instituições republicanas. Entrementes, chama a atenção a existência de precedentes divergentes proferidos pelo mesmo órgão

fracionário do Supremo Tribunal Federal, revelando o caráter fortemente discricionário das decisões judiciais nessas situações, colocando em xeque a legitimidade do Estado no exercício do *jus puniendi*.

O fenômeno aqui destacado revela a necessária discussão acerca de qual é a compreensão dogmática mais adequada para o enfrentamento de tais questões postas em litígio, ou seja, uma concepção mais casuísta, prospectiva e prática, nos moldes da corrente neopragmática, ou mais filosófica, metafísica, cuja racionalidade remonta ao passado para extrair a resposta correta ao caso examinado, nos moldes da teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin.

Acolher a opção neopragmática dos casos postos em juízo, revelando o enfrentamento hermenêutico aliado à noção de utilidade e eficiência, desconsiderando a racionalidade das decisões anteriormente, seria a reposta mais adequada para o caso concreto? Sendo a resposta um "não", estaria o Supremo Tribunal Federal contribuindo para a deslegitimação estatal no uso da força, acarretando uma anomalia no sistema de justiça? A teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, na busca da resposta correta única, seria suficiente para preservar o sistema federalista e democrático, em especial a autonomia dos demais entes federados e instituições?

Para enfrentar tais questionamentos, a pesquisa propõe, no primeiro tópico, lançar luz sobre as duas posições antagônicas vertentes sobre o critério sobre o standard probatório necessário para a decisão de pronúncia e consequente (in)aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* nessa decisão, sem a pretensão de exaurir o embate argumentativo de ambas as correntes.

Em seguida, no segundo tópico, se buscará coletar os precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da questão de fundo, a fim de identificar se a Corte Constitucional se alinha ao movimento filosófico neopragmático, proferindo decisões de caráter fortemente discricionárias e desvinculadas das decisões do passado, ou se compreende o direito como integridade, concebendo a prática interpretativa como num romance em cadeia, a partir de critérios de coerência e integridade, e conferindo maior legitimidade ao exercício da força estatal.

Em uma síntese dialética, a conclusão lançará as críticas interpretativas acerca da atitude adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à definição do standard probatório necessário para a decisão de pronúncia e a consequente (in)aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* nesta decisão, a partir do recorte jurisprudencial perfilado no tópico anterior. Sob as premissas da teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin da correta interpretação do Direito, será pontuado se o Supremo Tribunal Federal estaria concorrendo para a disfuncionalidade do sistema federalista e democrático e se a identificação da resposta correta única seria suficiente para preservar a coerência do sistema federalista e democrático.

O artigo será desenvolvido pela metodologia híbrida, dedutiva e indutiva. Em relação às técnicas para desenvolvimento, será elaborado pelo procedimento de revisão bibliográfica, de estudo de caso e documental, com análise de conteúdo. A linha de pesquisa será crítico-metodológica, na vertente teórico-sociológica e dogmática por redução dedutiva. Para tanto, será realizada a coleta de documentos, legislação e jurisprudência.

1 TRIBUNAL DO JÚRI E APLICAÇÃO DO ADÁGIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NA DECISÃO DE PRONÚNCIA: CRÍTICAS NA PERSPECTIVA DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Situado sistemicamente no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, com vistas a conferir ares mais garantistas ao direito de liberdade do réu e ampliar seu direito de defesa, ao tribunal do júri são assegurados, dentre outros, "[...] a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;" (BRASIL, 1988, n.p.). Densificando o citado dispositivo constitucional, o Código Penal estabelece como crimes dolosos contra a vida o crime de homicídio (artigo 121), o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio ou a automutilação (artigo 122), o crime de infanticídio (artigo 123) e o crime de aborto (artigos 123 e 124), excluindo o crime de homicídio culposo (artigo 121, §3º) de sua competência.

O procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri reveste-se de natureza especial (escalonada ou bifásica), estruturada, na primeira fase, no sumário de culpa ou juízo de acusação (ou *iudicium accusationis*), iniciando-se no oferecimento da peça acusatória até a preclusão da pronúncia. Lado outro, a segunda fase, denominada juízo da causa (ou *iudicium causae*), inicia-se da preparação do processo para o julgamento em plenário, nos termos do artigo 422 do Código de Processo Penal, até o encerramento da sessão de instrução e julgamento pelo tribunal do júri, com a lavratura e assinatura da ata dos trabalhos (FEITOSA, 2009).

Encerrada a instrução preliminar e ao final da primeira fase, o juízo sumariante adotará uma das quatro decisões possíveis: admitirá que a acusação seja levada ao tribunal do júri (decisão de pronúncia), inadmitirá a acusação sem absolver o acusado (impronúncia), absolverá o acusado em determinadas hipóteses (absolvição sumária) ou desclassificará a infração penal imputada para outra que não seja da competência do tribunal do júri (desclassificação).

> O juiz sumariante, julgador togado, técnico e com conhecimento do direito, analisa a acusação e as provas produzidas, para determinar se há base mínima para autorizar o juízo pelos jurados leigos. Ou seja, a legislação reconhece que o julgamento leigo, ainda que represente uma abertura para o exercício democrático e a manifestação do povo na justiça criminal, ocasiona riscos em razão da falta de conhecimentos jurídicos e da ausência do dever de motivação do veredicto. (LIMA, 2020, p. 1449)

Nesse contexto, a decisão de pronúncia será proferida caso haja prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria ou de participação do imputado, nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal. Exige-se, portanto, que a imputação seja suficientemente fundada, isto é, que a acusação e instrução preliminar (artigos 406 a 412 do Código de Processo Penal) já tenham alcançado o padrão de prova exigível para o prosseguimento do rito especial e não incidam nas hipóteses de impronúncia, de absolvição sumária ou de desclassificação.

Somente após alcançado tal grau de suficiência probatória que se autoriza iniciar o juízo da causa (ou *iudicium causae*), o que, sem dúvidas, vai ao encontro da própria sistemática acusatória do processo penal, no sentido de que, partindo-se da premissa de que uma resolução jurisdicional justa depende da determinação acertada dos fatos (LAUDAN, 2013, p. 22), a consequência jurídica advém de necessário preenchimento do suporte fático relacionado ao caso.

Diante do juízo de certeza da materialidade do fato somado ao juízo de probabilidade da autoria ou da participação é que, de há muito, o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário caminha no sentido de reconhecer a aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia (FISCHER, 2021, p. 339).

Denilson Feitoza (2009) esclarece que a questão da aplicação do princípio *in dubio pro societate* é deduzida da leitura do artigo 413 do Código de Processo Penal em contraste com os

dispositivos sobre a impronúncia e a absolvição sumária. Nessa fase do juízo de acusação (ou *iudicium accusationis*), na dúvida, deve-se pronunciar o réu, mandando-o a julgamento perante o tribunal do júri:

> Essa dúvida diz respeito aos aspectos subjetivos do tipo (dolo, culpa, elementos subjetivos), à ilicitude (legítima defesa, etc.) e à culpabilidade. Por exemplo, se o juiz está em dúvida se houve ou não legítima defesa, mas está convencido que objetivamente ocorreu a conduta prevista no tipo penal (efetuaram disparos de arma de fogo, causando a morte da vítima), ele aplica o princípio do *in dubio pro societate* e pronuncia o réu. (FEITOZA, 2009, p. 506)

Não se está, portanto, condenando nem absolvendo o acusado, mas tão somente admitindo que o réu seja julgado pelo tribunal do júri, órgão constitucionalmente legitimado para tanto. Subtrair a causa desse órgão somente é admissível em situações manifestamente improcedentes. Este, inclusive, é o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na súmula nº 64: "Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes." (MINAS GERAIS, 2013, n.p.)

No mesmo sentido, Eugênio Paes Amorim e Rafael Schwez Kurkowski (2021) sustentam que se aplica o princípio do *in dubio pro reo* apenas no momento processual em que se pode condenar, ou seja, no julgamento da controvérsia pelo conselho de sentença, sob pena de violar o princípio do juiz natural assegurado no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988:

> Esta é a leitura adequada do *in dubio pro societate*: é competência exclusiva do jurado decidir se a dúvida é suficiente para condenar ou absolver o réu. A dúvida do juízo representa que é possível tanto a condenação quanto a absolvição do réu. Todavia, esse julgamento incumbe apenas ao júri, o juiz natural dos crimes dolosos contra a vida. Por esse fundamento, o juízo deve pronunciar o réu, na dúvida. A impronúncia, estando o juízo em dúvida, implica a subtração inconstitucional da competência constitucional do conselho de sentença para decidir se essa dúvida é suficiente para absolver o réu. (AMORIM; KURKOWSKI, 2021, p. 389)

Em posição diametralmente oposta, parcela da doutrina entende pela inadmissibilidade da aplicação do *in dubio pro societate* na interpretação do artigo 413 do Código de Processo Penal.

No tocante ao standard probatório, Renato Brasileiro de Lima (2020) adverte que, quanto à prova da existência do crime, somente haverá a prolação da decisão de pronúncia havendo prova plena da ocorrência do delito, sendo inadmissível a invocação do *in dubio pro societate* na dúvida quanto à existência do crime. Ademais, no tocante aos indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado, embora não se exija certeza tal qual em relação à materialidade do crime, é imperiosa a formação de um juízo de probabilidade da autoria ou da participação:

> É certo que, para a pronúncia, não se exige certeza além da dúvida razoável, diferentemente do que necessário para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado a julgamento pelo tribunal do júri pressupõe a existência de lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória, ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas, ainda assim, dependente da preponderância de provas incriminatórias. Logo, constatada a preponderância de provas no sentido da não participação de determinado acusado na prática de um crime doloso contra a vida, a impronúncia é de rigor. Aliás, ainda que se reconheça a existência de estado de dúvida diante de lastro probatório que contenha elementos incriminatórios e absolutórios, igualmente a pronúncia se impõe. Isso porque, se houver dúvida sobre a preponderância de provas, deve ser aplicado o princípio *in dubio pro reo*, e não o *in dubio pro societate*, cuja aplicação não tem qualquer amparo constitucional ou legal, e tem o condão de acarretar o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova e desvirtuar o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a própria função da decisão de pronúncia. (LIMA, 2020, p. 1470)

A leitura da inconstitucionalidade e da ilegalidade da aplicação do princípio do *in dubio pro societate* na pronúncia perpassa pela superação de mitos típicos do direito penal e do processo penal tradicionais, autoritários, formalistas, pensamento próprio do positivismo jurídico e da filosofia da consciência, tornando a interpretação da dogmática criminal mais alinhada com proteção dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, como destacado por Paulo Thiago Fernandes Dias:

> É manifesta a vinculação ideológica do *in dubio pro societate* a um modelo autoritário e desumano de processo penal e de sociedade. Referida lógica, consiste em resolver a dúvida contra o processo, também fez parte da estrutura da Santa Inquisição, do fascismo italiano e do arquétipo de processo penal implantado ao Estado Novo no Brasil (que ainda vigora, inclusive, após a promulgação da Constituição de 1988, da ratificação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e de reformas tópicas). (DIAS, 2021, p. 28)

Para essa corrente, a adoção do *in dubio pro societate* em detrimento do princípio do *in dubio pro reo* violaria a presunção de inocência e a dignidade humana, autorizando que o acusado seja submetido a julgamento pelo tribunal do júri sem que haja uma segurança probatória em relação aos requisitos mínimos para a prolação da decisão de pronúncia, conforme entendimento de Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner:

> Outro aspecto importante é que não existe fundamento jurídico para o chamado *in dubio pro societate* e a única presunção admitida no processo penal é a de inocência. Nessa linha de raciocínio, devemos destacar que a afirmação sobre a qual deve recair a decisão é aquela que vem feita na denúncia, apontando a autoria e a materialidade de um fato aparentemente delituoso. Logo, incumbe ao MP o ônus total e intransferível de demonstrar a provável existência do *fumus commissi delicti* afirmado. (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 269)

Portanto, submeter o acusado a julgamento, na hipótese de dúvidas quanto à existência do crime ou quanto à presença de indícios suficientes, equivale a esvaziar o controle judicial sobre os requisitos mínimos para a pronúncia, maculando a função constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário, qual seja, a posição de garante.

Apresentada, em linhas gerais, a latente divergência de posições acerca da (in)aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, passa-se à compreensão dogmática do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, notadamente se os precedentes firmados se pautam em um viés neopragmático, a partir de uma concepção mais casuísta, prospectiva e prática, ou se pautados em um viés mais filosófico, metafísico, cuja racionalidade remonta ao passado para extrair a resposta correta ao caso examinado, nos moldes da teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin.

2 ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFINIÇÃO DO STANDARD PROBATÓRIO NECESSÁRIO PARA A DECISÃO DE PRONÚNCIA: FILTRAGEM HERMENÊUTICA À LUZ DA TESE DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Antes de adentrar na análise epistemológica dos precedentes do Supremo Tribunal Federa acerca da definição do standard probatório necessário para a decisão de pronúncia e a consequente (in)aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* nessa decisão, é imperioso tecer os supostos filosóficos que patenteiam o pensamento neopragmático e a crítica dworkiniana sobre essa corrente.

O pragmatismo é um movimento filosófico originário de autores estadunidenses do século XIX, que refuta o pensamento filosófico alicerçado em conceitos metafísicos e abstratos, construído em um plano sistematizado, sob bases teóricas que se pretendem perenes, eternizadas, sob o pretexto de resolver todos os problemas relativos ao conhecimento. Pautado na ideia de utilidade e eficiência, ganhou notoriedade a partir da década de 1970, ressurgindo com uma nova geração de pragmatistas (neopragmatistas), como Richard Rorty, Richard Posner, Hans Joas, Richard Bernstein, Susan Haack, Cass Sustein, entre outros (KAUFMANN, 2011, p. 87).

Sob um olhar prospectivo, o pensamento neopragmático aplicado ao campo do Direito confere valor relativo, instrumental às decisões políticas do passado, autorizando o intérprete a construir soluções casuísticas ao caso concreto, a partir de uma racionalidade essencialmente assentada no binômino utilidade-eficiência.

O movimento filosófico neopragmático não se preocupa com consensos, nem tampouco com conceitos metafísicos como moral e verdade. Tem como norte resolver questões práticas, rompendo com a tradição jurídica de "autoridade", firmada em doutrina e teorias tradicionais, para contemplar discursos rumo a uma sociedade democrática e tolerante. Como água e vinho, a tradição jurídica e o neopragmatismo não se alinham, em vista dos seus distintos caracteres, segundo depura-se dos ensinamos de Richard Posner (1990, p. 1664):

> O atual reduto do formalismo legal, entretanto, não está no *common law*, mas na interpretação legal e na interpretação constitucional. É aqui onde encontramos as mais influentes e modernas tentativas de derivar consequências jurídicas por meio de métodos superficialmente relacionados à dedução. As tentativas dificilmente alcançarão sucesso. A interpretação de textos não é um exercício lógico e os limites da 'interpretação' são tão amplos (quando consideramos que entre objetos verbais e outros que são interpretados, há sonhos, textos em línguas estrangeiras e composições musicais), que se questiona a utilidade de conceitos. Pragmatistas dão ênfase ao papel da consequência na 'interpretação', vista humildemente como o uso do texto auxiliar em uma conclusão.

Na obra *O Império do Direito*, Ronald Dworkin lança duras críticas ao caráter formalmente discricionário das decisões judiciais que adotam o estilo de interpretação neopragmático, pontuando, em apertada síntese:

> O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado o conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou para a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência. (DWORKIN, 1999, p. 185)

Dworkin refuta tanto o pragmatismo mais radical, adotado, dentre outros, por Richard A. Posner, que sustenta o caráter fortemente discricionário das decisões judiciais, sob um amplo poder decisório, "[...] pois o direito é o que os juízes dizem que é." (SGARBI, 2019, p. 190), quanto uma versão mais moderada, como a sustentada por Cass R. Sunstein, cuja visão do que seja o Direito volta-se para o futuro, sem que as decisões dos casos concretos sejam estendidas a outros casos.

Buscando uma coerência interpretativa para as decisões judiciais, Dworkin apresenta a tesa do Direito como Integridade em antítese à interpretação pragmática pautada em critérios utilitaristas do que seja o Direito. Implica em ser congruente com um todo assumido. Tanto nos

casos fáceis quanto nos casos difíceis (*hard cases*) em que a resposta judicial para o caso concreto não é facilmente deduzida do ordenamento jurídico, a construção judicial do que é o Direito deve ser extraída da racionalidade das normas existentes, a partir dos princípios e dos valores sociais.

Entende o autor que admitir a discricionariedade judicial no sentido forte fere os princípios democráticos e a separação de poderes, na medida em que sujeita a decisão judicial a parcialidades e a preferências pessoais de cada juiz. Para tanto, traz como pressuposto a ideia de 'romance em cadeia', no qual cada nova decisão judicial deve ser articulada com as decisões anteriores, sendo o Direito algo que continua, como uma novela ou um romance:

> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar a melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa produz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 1999, p. 276)

Alinhando-se ao pensamento dworkiniano, Lênio Luiz Streck (2017, p. 94) afirma ter juiz o dever fundamental de decidir de forma correta, revelando a imposição constitucional de coerência e integridade da jurisprudência:

> Como contraponto, proponho a "tese da descontinuidade" – que penso ser a mais adequada –, pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no Direito. Essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o Direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta que venho defendendo. E, nessa linha, não se pode olvidar que o atual Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 2016, além de exigir do juiz (nos termos do que já fazia a Constituição em seu art. 93, IX) uma fundamentação completa das decisões judiciais, também passou a exigir, seguindo uma sugestão feita por mim durante a tramitação do projeto de lei que redundou no Código, a coerência e integridade da jurisprudência, o que, sem dúvida, é importante conquista em favor do reconhecimento de um direito à resposta correta.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, observa-se uma orientação majoritária dos órgãos fracionários em admitir a aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, preservando-se a competência constitucional reservada ao tribunal do júri, a exemplo Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 192.846/SC, 2ª Turma, julgado em 24/05/2021; Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.244.706, 1ª Turma, julgado em 20/12/2019; Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.250.182, 1ª Turma, julgado em 21/02/2020; Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.216.794, 1ª Turma, julgado em 27/09/2019; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 986.566, 2ª Turma, julgado em 21/08/2017; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 788.457, 1ª Turma, julgado em 13/05/2014; Habeas Corpus nº 113.156, 2ª Turma, julgado em 14/05/2013; Recurso Extraordinário nº 540.999, 1ª Turma, julgado em 22/04/2008; Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.082.664, 2ª Turma, julgado em 26/10/2018; e Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.250.182, 1ª Turma, julgado em 21/02/2020.

Nada obstante, em alguns julgados pontuais, os mesmos órgãos fracionários adotam posição diametralmente oposta, inadmitindo a aplicação do princípio *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, colocando em xeque o critério sobre o standard probatório necessário para a decisão em análise, a exemplo do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.067.392, 2ª Turma, julgado em 26/03/2019; Habeas Corpus nº 180.144, 2ª Turma, julgado em 10/10/2020; Agravo

Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.304.605, 2ª Turma, julgado em 12/05/2021; e Habeas Corpus nº 81.646, 1ª Turma, julgado em 04/06/2002.

Nessa toada, à guisa de exemplo, chama a atenção o fato de que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.067.392, julgado em 26 de março de 2019, sob relatoria do ministro Gilmar Mendes, firmou o seguinte entendimento: "[...] Inadmissibilidade *in dubio pro societate*: além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o standard probatório necessário para a pronúncia. [...]".

Lado outro, o mesmo órgão fracionário, sob a mesma relatoria do ministro Gilmar Mendes, firmou no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 192.846/SC, julgado em 24 de maio de 2021, que:

> [...] O princípio *in dubio pro societate* deve prevalecer na sentença de pronúncia, de modo que não existe, neste ato, ofensa ao princípio da presunção de inocência, uma vez que objetiva-se garantir a competência constitucional do Tribunal do Júri. [...]"

No julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.304.605, em 12 de maio de 2021, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, orientou-se pela inaplicabilidade do *in dubio pro societate* como standard probatório da decisão de pronúncia, consignando:

> [...] Na decisão de pronúncia, havendo fortes indícios de autoria e materialidade, o acusado deve ser pronunciado. No entanto, se tais indícios forem inconsistentes, deve-se impronunciar o réu e não aplicar o adágio forense *in dubio pro societate*, por ferir a garantia constitucional da presunção de inocência. [...]

Entretanto, o mesmo órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal, sob mesma relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo Criminal nº 986.566, em 21 de agosto de 2017, perfilava orientação diametralmente oposta, no sentido de admitir a aplicabilidade do *in dubio pro societate* em tais situações:

> [...] O acórdão recorrido se encontra consentâneo com o entendimento desta Corte, no sentido de que na sentença de pronúncia deve prevalecer o princípio *in dubio pro societate*, não existindo nesse ato qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, porquanto tem por objetivo a garantia da competência constitucional do Tribunal do Júri. [...]

A análise dos fundamentos antagônicos utilizados nas decisões jurisprudenciais proferidas pelas Primeira e Segunda Turmas do Supremo Tribunal Federal sinaliza uma lógica utilitarista dos órgãos fracionários do Pretório Excelso.

Tal constatação não pode ser desconsiderada como ponto de inflexão da própria legitimidade do Estado no exercício do direito de punir (*jus puniendi*), decorrente da adoção de uma discricionariedade em sentido forte na matéria em estudo pela Corte Constitucional.

Diante do atual momento histórico vivenciado no Brasil, palco de uma polarização de posições ideológicas divergentes, de fragilidades dos pilares democráticos decorrentes, dentre outros, dos embates entre os chefes de poderes e de um desgaste na credibilidade de instituições republicanas, como o Poder Judiciário, não é à toa que o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu como Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 os macrodesafios da "Garantia dos Direitos Fundamentais" e "Fortalecimento da relação institucional do Poder Judiciário com a sociedade" (BRASIL, 2021a, n.p.).

CONCLUSÃO

A leitura constitucionalmente adequada do artigo 413 do Código de Processo Penal evidencia que a decisão de pronúncia, muito embora demande um standard probatório um pouco inferior que a decisão de condenação pelo conselho de sentença na segunda fase do procedimento bifásico do júri, exige a preponderância de provas incriminatórias. Esse grau de suficiência probatória – que não exige certeza além da dúvida razoável – é que autoriza iniciar a fase processual subsequente, isto é, o juízo da causa (ou *iudicium causae*).

O processo penal de cariz constitucional exige a consistência de lastro probatório enquanto critério sobre o standard probatório necessário para a decisão de pronúncia e consequente inaplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* nessa decisão. Submeter o acusado a julgamento pelo tribunal do júri sem a certeza quanto à prova do fato e sem a preponderância de provas incriminatórias que revelem a autoria ou a participação do acusado implica em grave violação os valores constitucionais, em especial o princípio da presunção de inocência.

Não há democracia sem a vigilante observação dos limites constitucionais. O poder punitivo estatal é balizado pelos direitos fundamentais do acusado e, na situação em debate, pelo princípio da presunção de inocência, nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e do artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgado pelo Decreto nº 678/1992.

Outrossim, não há constitucionalismo sem a legitimidade popular, mas verdadeiro autoritarismo. A atitude pragmática do Supremo Tribunal Federal, carregada de uma hermenêutica mais casuística, com elevada carga discricionária do conteúdo decisório, reflete a deslegitimidade do pacto federativo, contribuindo para a crise democrática atualmente vivenciada.

Sob o enfoque teórico do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, a valoração da prova para a prolação da decisão de pronúncia no procedimento bifásico do tribunal do júri exige a observância dos direitos fundamentais do acusado. O Supremo Tribunal Federal, na condição de intérprete, tem o dever fundamental de decidir de forma correta, proferindo decisões fundamentadas que confiram coerência e integridade ao Direito. A definição do critério sobre o standard probatório necessário para a decisão de pronúncia que preserva a coerência do sistema federalista e democrático, sem dúvidas, é que observa os direitos fundamentais do acusado. Não é possível admitir que o julgador, tal qual Pôncio Pilatos, lave as mãos e admita a submissão de pessoa a julgamento pelo tribunal do júri sem a preponderância de provas incriminatórias.

Além disso, a adoção de discricionariedade em sentido forte pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de critério sobre o standard probatório necessário para a decisão de pronúncia e consequente (in)aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* nessa decisão, fragiliza a legitimidade da instituição. Negar que as decisões do passado ofereçam justificativa para o exercício (ou não) do *jus puniendi* estatal pressupõe que o Direito é o que os juízes dizem que é e ponto, sem preocupação com a coerência e a integridade do sistema de justiça, o que é refutado pela teoria do Direito como Integridade de Dworkin.

A propósito, a prevalência jurisprudencial pela admissão do adágio *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia e a postura neopragmática acerca do critério sobre o *standard* probatório necessário para essa decisão colidem, respectivamente e a um só tempo, com os dois macrodesafios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça na Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, quais sejam da "Garantia dos Direitos Fundamentais" e do "Fortalecimento da relação institucional do Poder Judiciário com a sociedade".

Em tempos de democracia fragilizada, revela-se ainda mais necessária a adoção de atitudes interpretativas pelo Supremo Tribunal Federal que reforcem a legitimidade do pacto federativo, contribuindo, assim, para a superação de mitos típicos do direito penal e do processo penal tradicionais, autoritários, formalistas, pensamento próprio do positivismo jurídico e da filosofia da consciência, sob pena de não levarmos a sério o próprio constitucionalismo vigente.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Eugênio Paes; KURKOWSKI, Rafael Schwez. Pronúncia: limite à apelação contra a decisão manifestamente contrária à prova dos autos. In: MONTEIRO, Rodrigo (Org.). **Tribunal do Júri**: o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026**. 2021a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2021-2026/processo-de-formulacao/macrodesafios-2021-2026/. Acesso em: 27 maio 2022a.

_____. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.304.605**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 12 maio 2021b. Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446226/false. Acesso em: 27 maio 2022b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo Criminal nº 986.566**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 21 ago. 2017. Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372249/false. Acesso em: 27 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 192.846/SC**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 24 maio 2021c. Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755973478. Acesso em: 27 maio 2022c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.067.392/CE**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 26 mar. 2019. Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753158094. Acesso em: 27 maio 2022.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A decisão de pronúncia baseada no *in dubio pro societate***: um estudo crítico sobre a valoração da prova no Processo Penal Constitucional. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeiera. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. Tradução: Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal**: Teoria, Crítica e Práxis. 6. ed. rev. e ampl. Niterói: Impetus, 2009.

FISCHER, Douglas. Requisitos para a pronúncia e limites da clemência no tribunal do júri. In: MONTEIRO, Rodrigo (Org.). **Tribunal do Júri**: o Ministério Público em defesa da Justiça. 2. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

GHIRALDELLI JR., Paulo. **Filosofia da educação**. São Paulo: Ática, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. **Súmula nº 64**. Grupo das Câmaras Criminais. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/arquivos/sumulas/Enunciados_Sumula_Grupo_Camaras_Criminais.pdf. Acesso em: 27 maio 2022.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. 3. ed. Tradução: Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

A TRANSAÇÃO ENTRE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS FEDERAIS E PRECATÓRIOS COMO MEIO AUTOCOMPOSITIVO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: APONTAMENTOS APÓS A LEI Nº 14.375/2022

Fabiana Marion Spengler
Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.
fabiana@unisc.br

Márcio Dutra da Costa
Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.
marciodc@hotmail.com

Resumo: O presente artigo possui como objetivo investigar se a transação autorizada pelo art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020 pode ser considerada um método complementar de tratamento adequado de conflitos e, caso a resposta seja positiva, qual a sua classificação dentre aqueles mecanismos. O método de abordagem adotado é o dedutivo, e o método de procedimento utilizado é o monográfico. A relevância do artigo consiste no reduzido número de estudos sobre o tema, buscando-se contribuir para o desenvolvimento das discussões no ambiente jurídico, em especial na área do Direito Tributário. O problema de pesquisa é: a transação entre dívidas tributárias federais e precatórios, prevista no art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020, pode ser considerada um método complementar de tratamento adequado de conflitos? A hipótese responde ao problema de pesquisa de modo afirmativo. A conclusão é a de que a transação entre dívidas ativas tributárias federais e precatórios pode ser considerada um método complementar de tratamento adequado de conflitos, sendo classificada dentre os meios autocompositivos e não adversariais.
Palavras-chave: Transação. Dívida tributária federal. Precatório. Métodos complementares de tratamento de conflitos. Lei nº 13.988/2020. Lei nº 14.375/2022.

Settlements between federal tax debts and precatories as alternative dispute resolution: notes after rule n. 14.375/2022

Abstract: This paper aims to investigate whether the settlements authorized by art. 11, V, of rule n. 13.988/2020 can be considered an alternative dispute resolution and, if the answer is positive, what is its classification among those methods. The method of approach adopted is the deductive, and the method of procedure used is the monographic. The relevance of the paper consists in the reduced number of studies on the subject, seeking to contribute to the development of legal discussions, especially in the Tax Law. The research problem is: the settlements between federal tax debts and precatories, provided for in art. 11, V, of rule n. 13.988/2020, can it be considered an alternative dispute resolution? The hypothesis answers the research problem in the affirmative. The conclusion is that the settlements between federal tax debts and precatories can be considered an alternative dispute resolution, being classified among the self-composition and non-adversarial methods.
Keywords: Settlements. Federal tax debts. Alternative dispute resolution. Rule n. 13.988/2020. Rule n. 14.375/2022.

INTRODUÇÃO

Promulgada em 8 de dezembro de 2021, a Emenda Constitucional (EC) nº 113, dentre outras providências, alterou a redação do § 11 do art. 100 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CRFB/1988). Tal dispositivo passou a autorizar expressamente os credores de precatórios (também conhecidos como "precatoristas") a pleitearem a quitação de débitos parcelados ou inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive por meio de uma transação resolutiva de litígio.

Nessa senda, foi editada a Lei nº 13.475, de 21 de junho de 2022, a qual – dentre outras medidas – alterou a redação da Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, que disciplina a transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública federal, tanto de natureza tributária quanto não tributária.

Uma das alterações se concretizou por meio da inclusão do inciso V no art. 11 da Lei nº 13.988/2020, o qual passou a permitir aos credores transacionarem com a União utilizando precatório (ou direito creditório com sentença de valor transitada em julgado) com o intuito de amortizar a dívida tributária principal, bem como as respectivas multa e juros.

A partir desse contexto, a indagação que se pretende responder no presente artigo é: a transação entre dívidas tributárias federais e precatórios, prevista no art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020, pode ser considerada um meio complementar de tratamento adequado de conflitos? A hipótese responde ao problema de pesquisa de modo afirmativo.

O objetivo deste estudo é investigar se o mecanismo transacional estipulado no art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020 pode ser considerado um método complementar de tratamento adequado de conflitos e, caso a resposta seja positiva, qual a sua classificação dentre aqueles mecanismos.

O método de abordagem adotado é o dedutivo, o qual parte da relação entre argumentos gerais – denominados premissas – e argumentos particulares, até chegar à conclusão. O método de procedimento utilizado é o monográfico, a partir da leitura de fontes bibliográficas ligadas ao tema da pesquisa.

A relevância do presente trabalho reside no incipiente grau de estudos sobre o tema, buscando-se contribuir para o desenvolvimento das discussões no ambiente jurídico, em especial na seara tributária.

No desenvolvimento do artigo, abordar-se-ão, na primeira seção, os caracteres gerais relativos a dois institutos: a dívida ativa de natureza tributária e o precatório. Na segunda seção, estudar-se-ão o instituto da transação – inicialmente sob um viés de caráter geral (civilista) e, em seguida, sob o prisma tributário – e, na sequência, os principais dispositivos legais que regulamentam a transação entre dívidas tributárias federais e precatórios. Na terceira seção, analisar-se-ão os fundamentos da Administração Pública consensual, bem como o enquadramento da transação entre dívidas tributárias federais e precatórios como um meio complementar de tratamento de conflitos de natureza creditício-tributária no âmbito da Administração Pública, buscando-se proceder à sua adequada classificação dentre aqueles mecanismos.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA E O PRECATÓRIO

Na presente seção, abordar-se-ão os principais aspectos atinentes à dívida ativa tributária e ao precatório.

O pagamento de tributos é um dever fundamental dos cidadãos, não podendo ser tratado como um simples *poder* para o Estado ou um *sacrifício* para aqueles. Tal pagamento é "o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em *estado fiscal*", não se podendo cogitar a existência de um pretenso "*direito fundamental* a não pagar impostos" (NABAIS, 2004, p. 679, grifo do autor).

No Brasil, o Sistema Tributário Nacional está disciplinado nos arts. 145 a 162 da CRFB/1988. A regulamentação infraconstitucional é feita por meio da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – mais conhecida como Código Tributário Nacional (CTN) –, além de inúmeros diplomas legislativos editados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Caso o sujeito passivo da obrigação tributária (contribuinte ou responsável) não efetue o pagamento do tributo, a autoridade administrativa deverá constituir o crédito tributário por meio do lançamento, "procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível" (art. 142, *caput*, do CTN).

Uma das modalidades de extinção do crédito tributário elencadas no art. 156 do CTN – juntamente com o pagamento, a compensação, a remissão, a prescrição, a decadência, a conversão de depósito em renda, o pagamento antecipado e a homologação do lançamento, a consignação em pagamento, a decisão administrativa irreformável, a decisão judicial passada em julgado e a dação em pagamento em bens imóveis – é a transação, que será abordada de forma mais detalhada adiante.

Caso não venha a ocorrer alguma das formas de extinção do crédito tributário, este deve ser inscrito em dívida ativa pela Administração Pública, no modo estatuído pelos arts. 201 a 204 do CTN.

A dívida ativa tributária é definida como "a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular" (art. 201, *caput*, do CTN). Por sua vez, o art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (a Lei de Normas Gerais de Direito Financeiro), conceitua a dívida ativa tributária como "o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas".

A dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção relativa de certeza e liquidez – a qual pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite –, e tem o efeito de prova pré-constituída, consoante o disposto no art. 204 do CTN. Na esfera judicial, a Fazenda Pública pode cobrar a dívida ativa por meio de execução fiscal, a qual é regulamentada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Expostos, em linhas gerais, os principais caracteres a respeito da dívida ativa tributária, passa-se à abordagem do pagamento devido pela Fazenda Pública, que no Brasil se dá por meio de um instituto denominado precatório (ou requisitório).

A CRFB/1988 dedicou um longo dispositivo (o art. 100, composto atualmente de *caput* e vinte e dois parágrafos, e alvo de várias alterações promovidas por diversas emendas constitucionais[1]), em seu texto principal (sem levar em conta o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT), para tratar dos precatórios. Considerando a impenhorabilidade dos bens públicos de uso comum do povo e dos bens públicos de uso especial (art. 833, I, do Código de Processo Civil – CPC) – os quais são inalienáveis (art. 100 do Código Civil – CC) –, eles não se submetem ao regime ordinário de constrição e expropriação, como ocorre com os bens pertencentes aos particulares e com os bens públicos dominicais.

Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública são efetuados exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. Tal regra não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que a Fazenda Pública deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado (art. 100, *caput* e § 3º, da CRFB/1988).

Existem duas espécies de débitos que são pagos com preferência sobre os demais. A primeira são os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, sejam idosos (ou seja, maiores de sessenta anos de idade), padeçam de doença grave ou possuam algum tipo de deficiência, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para as obrigações de pequeno valor (admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório). A segunda são os demais débitos de natureza alimentícia, os quais compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado (CRFB/1988, art. 100, §§ 1º e 2º).

Faim Filho (2018, n. p.) conceitua os precatórios (por ele denominados de "requisitórios") como uma "representação de dívida pública, pelo prisma do devedor, originária de ordens judiciais de pagamento de títulos executivos judiciais ou extrajudiciais e também uma representação de um crédito, pelo ponto de vista do credor".

Não obstante a minuciosa regulamentação a respeito dos precatórios, a realidade demonstra que a devida entrega dos recursos financeiros aos credores não se dá com a celeridade esperada. Na esfera federal, a expectativa é a de que, no exercício de 2022, apenas 75% (R$ 32,4 bilhões) do montante total (R$ 42,8 bilhões) serão pagos, remanescendo os outros 25% para o orçamento de exercícios seguintes, devido ao teto de pagamento instituído pelas ECs nºs 113/2021 e 114/2021 (DIÁRIO DO COMÉRCIO, 2022, https://diariodocomercio.com.br/economia/governo-deixa-de-pagar-25-dos-precatorios-em-2022/). A problemática envolvendo o crônico inadimplemento estatal dos precatórios não passou despercebida pela doutrina:

> [...] Entre nós, o Estado, *lato sensu*, cobra os tributos, mas não paga seus débitos. Dá-se o absurdo de muitos contribuintes quebrarem por não receberem seus créditos contra o Estado, enquanto este lhes cobra implacavelmente os créditos tributários, assenhoreando-se dos bens restantes em processo privilegiado de execução fiscal. A situação é, no mínimo, kafkiana. (COÊLHO, 2006, p. 823, grifo do autor).

Na seção seguinte, estudar-se-á a possibilidade de transação entre dívidas ativas tributárias federais e precatórios, à luz da regulamentação constitucional e infraconstitucional do tema.

[1] Ao longo do tempo, o art. 100 da CRFB/1988 foi sucessivamente alterado pelas ECs nºs 20/1998, 30/2000, 37/2002, 62/2009, 94/2016, 113/2021 e 114/2021.

2 A TRANSAÇÃO ENTRE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS FEDERAIS E PRECATÓRIOS

Na presente seção, analisar-se-á o instituto da transação, inicialmente sob um viés geral (civilista) e, após, sob o prisma tributário. Após, estudar-se-á o art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020 (com a redação dada pela Lei nº 13.475/2022), que prevê a possibilidade de transação entre dívidas tributárias federais e precatórios.

Do ponto de vista legal, o instituto da transação está disciplinado, em linhas gerais, pelos arts. 840 a 850 do CC, constituindo uma maneira de prevenir ou terminar um litígio mediante mútuas concessões entre as partes, sendo aplicável exclusivamente a direitos patrimoniais de caráter privado:

> Ilustrando a ideia, se *A* supostamente deve R$ 100,00 a *B*, mas *B* acha que lhe é devido por *A* o valor de R$ 500,00, ambos podem convergir suas vontades para extinguir o conflito mediante o pagamento de uma importância pactuada, v. g., de R$ 300,00, encerrando a controvérsia. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 239, grifo do autor).

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 244-245) elencam as principais características da transação civilista, a saber: a) sua indivisibilidade, consoante o *caput* do art. 848 do CC ("Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta"); b) o caráter restritivo de sua interpretação, segundo o art. 843 do CC ("A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos"), não sendo admissíveis a analogia ou a interpretação extensiva; c) sua natureza declaratória, a teor do *caput* do art. 845 do CC ("Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos"); d) sua natureza jurídica contratual, a qual permite aos transatores a estipulação de cláusula penal, segundo o art. 847 do CC ("É admissível, na transação, a pena convencional").

Os efeitos da transação – a exemplo da coisa julgada – se limitam à esfera jurídica dos transatores, consoante o *caput* do art. 844 do CC ("A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível"). Uma das consequências da extinção da relação obrigacional é a extinção de seus acessórios (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 245-246).

Na órbita especializada do Direito Tributário, por sua vez, "a transação é a forma de se resolver a situação jurídica existente, mediante concessões recíprocas, conforme previsão no artigo 171 do CTN" (CASTARDO, 2017, n. p.). O *caput* desse dispositivo legal assim dispõe: "A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente [*sic*] extinção de crédito tributário.".

A razão para a exigência de expressa previsão legal reside no princípio da indisponibilidade dos bens públicos, pois somente após autorização prevista em lei a Fazenda Pública poderá promover concessões a um particular (CARVALHO, 2018, p. 456).

De modo distinto do clássico modelo civilista, a transação tributária não chega a evitar a ocorrência de um litígio, mas apenas o encerra:

> Ao contrário do que sucede no direito civil, em que a transação tanto previne como termina o litígio, nos quadrantes do direito tributário só se admite a transação terminativa. Há de existir litígio para que as partes, compondo seus mútuos interesses, transijam. Agora, divergem os autores a propósito das proporções semânticas do vocábulo *litígio*. Querem alguns que se trate de conflito de interesses deduzido judici-

> almente, ao passo que outros estendem a acepção a ponto de abranger as controvérsias meramente administrativas. Em tese, concordamos com a segunda alternativa. O legislador do Código [Tributário Nacional] não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema. O diploma legal permissivo da transação trará, certamente, o esclarecimento desejado, indicando a autoridade ou as autoridades credenciadas a celebrá-la. (CARVALHO, 2018, p. 456-457, grifo do autor).

Na esfera federal, a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, prescreve as condições e os requisitos para que a União, as autarquias e as fundações federais, bem como os devedores ou as partes adversas, efetuem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária. A transação depende de um juízo de oportunidade e conveniência a ser exercido pela União, e a medida deve – sempre de forma motivada – atender ao interesse público (art. 1º, *caput* e §1º).

> Nesse ponto, é importante conectar a menção ao interesse público como fundamento para a realização dos acordos em matéria tributária com as exigências da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em relação às decisões que tenham por base valores jurídicos abstratos. De acordo com o art. 20 da LINDB, não se pode decidir com base nesses valores sem a devida avaliação das consequências práticas da decisão [...] (AVELINO; PEIXOTO, 2022, p. 65).

O art. 2º da Lei nº 13.988/2020 prevê a existência de três modalidades de transação, a saber: a) por proposta individual ou por adesão (para a cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e de suas fundações públicas; na cobrança de créditos que seja da competência da Procuradoria-Geral da União; ou no contencioso administrativo fiscal); b) por adesão (para os demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário); c) por adesão (para o contencioso tributário de pequeno valor).

Em sua redação original, o art. 11 da Lei nº 13.988/2020 previa três espécies de benefícios que poderiam ser concedidos em uma transação: a) a concessão de descontos nas multas, nos juros e nos encargos legais referentes a créditos classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, conforme critérios estipulados pela autoridade; b) a oferta de prazos e formas de pagamento especiais, tais como o diferimento e a moratória; c) a oferta, a substituição ou a alienação de garantias e de constrições.

Em 8 de dezembro de 2021, com a promulgação da EC nº 113, o § 11 do art. 100 da CRFB/1988 teve sua redação alterada, *verbis*:

> Art. 100. [...]
>
> § 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei do ente federativo devedor, com auto aplicabilidade para a União, a oferta de créditos líquidos e certos que originalmente lhe são próprios ou adquiridos de terceiros reconhecidos pelo ente federativo ou por decisão judicial transitada em julgado para:
>
> I - quitação de débitos parcelados ou débitos inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive em transação resolutiva de litígio, e, subsidiariamente, débitos com a administração autárquica e fundacional do mesmo ente; [...] (BRASIL, 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

Menos de seis meses depois, foi aprovada a Lei nº 14.375, de 21 de junho de 2022, a qual – dentre outras providências – regulamentou o disposto no inciso I do § 11 do art. 100 da CRFB/1988. A partir daí, mais duas espécies de benefícios passaram a ser admitidas na transação regulamentada por meio da Lei nº 13.988/2020, a saber: d) o uso de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), na apuração do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da CSLL, até o limite de 70% do saldo remanescente após a incidência dos descontos, se houver; e) a utilização de precatório ou de

direito creditório com sentença de valor transitada em julgado, para amortização de dívida tributária principal, multa e juros (esta última prevista no inciso V do art. 11 da Lei nº 13.988/2020).

Na esfera infralegal, a transação prevista no art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020 é atualmente regulamentada pelos arts. 78 a 83 da Portaria nº 6.757, de 29 de julho de 2022, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Dentre seus vários pontos, é possível destacar: a) o precatório federal pode ser próprio ou de terceiro; b) o saldo devedor objeto da transação pode ser amortizado ou liquidado; c) a transação pode ser feita por adesão ou de modo individual; d) o direito creditório é fiduciariamente cedido à União, por meio de escritura pública lavrada no Registro de Títulos e Documentos; e) se o valor do precatório for insuficiente para a liquidação integral do saldo devedor transacionado, o contribuinte deverá continuar pagando as parcelas remanescentes; f) caso remanesça saldo do precatório, o valor poderá ser devolvido ao devedor-cedente, desde que não existam outras inscrições ativas em seu nome.

3 A TRANSAÇÃO ENTRE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS FEDERAIS E PRECATÓRIOS COMO MEIO COMPLEMENTAR DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS

Na presente seção, analisar-se-ão os fundamentos da Administração Pública consensual, bem como o enquadramento da transação entre dívidas tributárias federais e precatórios como um método complementar de tratamento adequado de conflitos no âmbito da Administração Pública, procedendo-se à sua classificação dentre tais meios.

Segundo Di Salvo (2018, p. 23), um dos principais marcos evolutivos da gestão administrativa no século XXI é o consensualismo, o qual se contrapõe ao modelo de Administração Pública burocrática e supera a tradicional concepção vertical da relação entre o Estado e os administrados.

Conforme Kuhn (2011, p. 13), o vocábulo "paradigma" pode ser conceituado como uma realização científica universalmente reconhecida que, durante um determinado período de tempo, fornece "problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência". Nessa senda, a Administração Pública consensual representa uma verdadeira mudança de paradigma no Direito Administrativo:

> A nova forma de visualizar a relação entre Estado e a sociedade aponta para uma mudança na forma como o Direito Público enxerga a gestão da Administração Pública. De um sistema verticalizado, burocratizado e autoritário, deve-se mudar a concepção para uma gestão horizontalizada, flexível e que permita a concertação de interesses legítimos, para que a tomada de decisão seja feita de acordo com uma negociação entre a Administração e seus administrados.
>
> Esta nova forma depende de uma cooperação recíproca entre Estado e sociedade civil, que passa a ter sentido axiológico na legitimação democrática do Estado. Nesse sentido, faz-se necessário o estabelecimento de um espaço dialógico entre Estado e sociedade civil, a qual por natureza já é pluralizada e complexa. Assim, é necessário que se estabeleçam mecanismos que propiciem o diálogo permanente e democrático na gestão administrativa. (DI SALVO, 2018, p. 33).

Rodrigues (2009, p. 43) prefere adotar, em vez de "Administração Pública consensual", a expressão "Administração concertada", que corresponde a um novo "estilo de administração", receptivo à negociação no procedimento das decisões administrativas e na sua implementação relativa à intervenção econômica e social.

As formas de composição consensual de conflitos na órbita administrativa são vias de estímulo do civismo, de aperfeiçoamento da participação cívica e de agilização das relações socioeconômicas. O retardo na aceitação das vias negociais administrativas ocorreu em razão de uma visão imperativa, proveniente da doutrina francesa, que as considerava proibidas para o Direito Administrativo. Entretanto, nunca foi aventada a hipótese de se negociar o interesse público propriamente dito, e sim a de se negociarem formas de atingi-lo com maior eficiência (MAIA, 2014, p. 81).

Nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu em Brasília a "I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios", sob a coordenação dos ministros Luis Felipe Salomão e Antonio Carlos Ferreira (do Superior Tribunal de Justiça – STJ), bem como dos professores Kazuo Watanabe e Joaquim Falcão. Dentre os 87 enunciados aprovados, merece realce o de número 53, *verbis*:

> Estimula-se a transação como alternativa válida do ponto de vista jurídico para tornar efetiva a justiça tributária, no âmbito administrativo e judicial, aprimorando a sistemática de prevenção e solução consensual dos conflitos tributários entre Administração Pública e administrados, ampliando, assim, a recuperação de receitas com maior brevidade e eficiência. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2016).

Nessa senda, a transação entre dívidas tributárias federais e precatórios – prevista no art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020 (com a redação dada pela Lei nº 13.475/2022) – constitui um exemplo de manifestação da Administração Pública consensual, sendo um instrumento que busca tratar um conflito de natureza creditício-tributária por meio de um ajuste de contas entre o devedor e a Fazenda Pública.

> A consensualidade, portanto, exsurge como um instrumento de suma importância para a reconfiguração do contencioso tributário como hoje o conhecemos. Alteram-se os paradigmas das relações tributárias do País e da advocacia no contencioso tributário. A abertura à transação tributária é o caminho que permitirá atingir um modelo mais adequado à geração de riquezas no País e à redução de litigiosidade. (AVELINO; PEIXOTO, 2022, p. 71).

Na sequência, abordar-se-á a classificação do instituto da transação entre dívidas tributárias federais e precatórios dentre os diversos métodos complementares de tratamento de conflitos.

Os métodos de tratamento de conflitos podem ser classificados em dois grupos principais: os autocompositivos e os heterocompositivos. Na autocomposição, o tratamento do conflito é resultado de um ato volitivo das partes envolvidas, as quais assumem a responsabilidade pela decisão tomada (SPENGLER, 2019, p. 75-76). Como exemplos, é possível citar – em ordem alfabética – a conciliação, a mediação e a negociação. Na heterocomposição, um terceiro decide o conflito sem auxiliar as partes envolvidas, as quais ficam vinculadas à decisão. Como exemplos, existem a arbitragem e a jurisdição (SPENGLER, 2019, p. 167).

Outrossim, podem-se dividir os métodos de tratamento de conflitos em adversariais e não adversariais. Nos meios adversariais, os envolvidos se enfrentam, e a vitória de um representa a derrota do outro; são exemplos a arbitragem, a autotutela e a jurisdição. Por sua vez, nos meios não adversariais, os envolvidos não atuam como antagonistas, pois desejam um resultado que possa gerar benefícios a todos; são exemplos a conciliação, a evitação, a facilitação, a mediação e a negociação (ARLÉ, 2016, p. 134-144).

Coêlho (2006, p. 828, grifo do autor) alerta para o fato de que transacionar não é sinônimo de pagar; transacionar significa operar para possibilitar o pagamento: "É *modus faciendi*, tem feitio processual, preparatório do pagamento. Por meio de uma transação, muita vez ocorre pagamento em moeda consorciado a pagamento por compensação [...]".

Este é o caso da transação entre dívidas tributárias federais e precatórios: por meio de concessões recíprocas, o precatorista prescinde de receber seu crédito – devido pela União –, enquanto a Fazenda Pública federal, em contrapartida, compromete-se a não cobrar a dívida daquele.

> A transação reflete o prestígio da isonomia material. Ao autorizar à Fazenda Pública dispor sobre matéria tributária, o espectro de negociação permite que a autocomposição seja adequada à realidade de cada um dos contribuintes. Leva-se em conta a capacidade de pagamento, a natureza do crédito, o tempo de inscrição etc.
>
> Há aqui um forte caráter de justiça fiscal, de auxílio aos que efetivamente precisam de apoio em momentos de crise. [...] (AVELINO; PEIXOTO, 2022, p. 64).

Constituindo uma espécie de composição entre o precatorista e a Fazenda Pública federal, a transação entre dívidas tributárias e precatórios (prevista no art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020) pode ser classificada como um método autocompositivo e não adversarial de tratamento adequado de conflitos, contribuindo para a concretização do ideal de justiça tributária.

CONCLUSÃO

Uma vez descumprido pelo cidadão o dever fundamental de pagar tributos – e não tendo ocorrido qualquer modalidade de extinção do crédito tributário –, exsurge a dívida ativa tributária, cuja cobrança judicial se dá por meio de uma execução fiscal.

Os débitos da Fazenda Pública são pagos por meio de um regime especial denominado precatório, com nítido privilégio do Estado sobre os particulares (cujos bens, ao contrário dos públicos, são alienáveis e penhoráveis, ressalvadas as exceções previstas na legislação). Entretanto, o inadimplemento estatal é uma realidade que levou o legislador constituinte reformador a emendar a CRFB/1988 várias vezes, em busca de uma solução para esse grave problema.

No Direito Civil, a transação – estabelecida por meio de concessões recíprocas – previne ou encerra um litígio. Já no Direito Tributário, por seu turno, a transação finaliza o litígio e extingue o crédito tributário.

A EC nº 113/2021, ao modificar a redação do § 11 do art. 100 da CRFB/1988, possibilitou aos credores de precatórios requererem à Fazenda Pública a quitação de débitos parcelados ou inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive por meio de uma transação resolutiva de litígio.

Em consonância com esse novo panorama, a Lei nº 13.475/2022 modificou a Lei nº 13.988/2020, que trata da transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos tributários e não tributários da Fazenda Pública federal. Com a inclusão do inciso V no art. 11 da Lei nº 13.988/2020, possibilitou-se aos credores transacionarem com a União utilizando precatório (ou direito creditório com sentença de valor transitada em julgado), com o intuito de promover a amortização da dívida tributária principal, da multa e dos juros.

O modelo de Administração Pública consensual supera a tradicional concepção vertical da relação entre o Estado e os administrados, simbolizando uma verdadeira mudança de paradigma na órbita do Direito Administrativo. Nessa senda, a transação entre dívidas ativas tributárias federais e precatórios – prevista no art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020 – constitui um exemplo de manifestação da Administração Pública consensual, sendo um instrumento que busca tratar um conflito de natureza creditício-tributária por meio do ajuste de contas entre o devedor e a Fazenda Pública.

Constituindo uma espécie de composição entre o devedor tributário/precatorista e a credora tributária/Fazenda Pública federal, a transação entre dívidas ativas tributárias e precatórios (permitida pelo art. 11, V, da Lei nº 13.988/2020) pode ser considerada um método complementar de tratamento adequado de conflitos, sendo classificada dentre os meios autocompositivos e não adversariais.

REFERÊNCIAS

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Transação tributária: novo paradigma da autocomposição a partir da Lei nº 13.988/2020. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 61-82, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p61. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm#art1. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000**. Altera a redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc30.htm#art1. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002**. Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc37.htm#art1. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009**. Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc62.htm#art1. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 94, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o art. 100 da Constituição Federal, para dispor sobre o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais; e acrescenta dispositivos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir regime especial de pagamento para os casos em mora. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc94.htm#art1. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 99, de 14 de dezembro de 2017**. Altera o art. 101 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir novo regime especial de pagamento de precatórios, e os arts. 102, 103 e 105 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc99.htm#art1. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 113, de 8 de dezembro de 2021**. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc113.htm#art1. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021**. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc114.htm#art1. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2022.

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: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020**. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 7 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.375, de 21 de junho de 2022**. Altera as Leis nºs 10.260, de 12 de julho de 2001, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 12.087, de 11 de novembro de 2009, para estabelecer os requisitos e as condições para realização das transações resolutivas de litígio relativas à cobrança de créditos do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), a Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004, para estabelecer a possibilidade de avaliação **in loco** na modalidade virtual das instituições de ensino superior e de seus cursos de graduação, a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, para aperfeiçoar os mecanismos de transação de dívidas, e a Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017; e revoga dispositivos das Leis nºs 13.530, de 7 de dezembro de 2017, 13.682, de 19 de junho de 2018, 13.874, de 20 de setembro de 2019, e 14.024, de 9 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14375.htm#art10. Acesso em: 7 ago. 2022.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **Direito tributário na prática**. 4. ed. São Paulo: Hamilton Fernando Castardo, 2017. Edição do Kindle.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Prevenção e solução extrajudicial de litígios: enunciados aprovados**. Brasília: CJF, 2016. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Acesso em: 28 jan. 2019.

DIÁRIO DO COMÉRCIO. **Governo deixa de pagar 25% dos precatórios em 2022**. Economia, 22 jun. 2022. Disponível em: https://diariodocomercio.com.br/economia/governo-deixa-de-pagar-25-dos-precatorios-em-2022/. Acesso em: 7 ago. 2022.

DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018.

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. **Precatórios e requisições de pequeno valor: no direito constitucional e no direito financeiro**. São Paulo: IPAM, 2018. Edição do Kindle.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume II: obrigações**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, v. 16, n. 31, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2004.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Portaria PGFN nº 6.757, de 29 de julho de 2022**. Regulamenta a transação na cobrança de créditos da União e do FGTS. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=12527. Acesso em: 8 ago. 2022.

RODRIGUES, Tereza Cristina Tarragô Souza. **Alternativas consensuais de resolução dos conflitos tributários no direito brasileiro: perspectivas à luz do princípio da legalidade**. Recife: O Autor, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Dicionário de mediação: v. 1: A-L**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA PERMUTA DE IMÓVEIS REALIZADA POR PESSOA JURÍDICA TRIBUTADA PELO LUCRO PRESUMIDO E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE *INTER-PARTES*

Luiz Dias Martins Filho
Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.
luizdmf@gmail.com

Jorge Renato dos Reis
Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.
jreis@unisc.br

Resumo: Este trabalho analisa a permuta de imóveis especialmente no momento em que a Fazenda Nacional colocou um termo final em controvérsia ocorrida tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, o que vem a causar impactos positivos em transações imobiliárias e, consequentemente, com reflexos nos atos lavrados nos tabelionatos de notas. Em decorrência de decisões de tribunais regionais federais e especialmente do Superior Tribunal de Justiça-STJ, destacando-se o Recurso Especial-REsp nº 1.733.560, a Fazenda Nacional deixará de recorrer e desistirá dos recursos interpostos para cobrar tributos na permuta de imóveis de empresas optantes do lucro presumido, que pagam Imposto sobre a Renda-Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL e as contribuições sociais ao PIS e Cofins. Deixou claro o Superior Tribunal de Justiça-STJ, em diversas decisões, que na maior parte das operações de permuta de imóveis, a empresa não aufere lucro e, portanto, o contrato de permuta não pode ser equiparado ao de compra e venda para fins tributários (REsp nº 1.733.560). O desfecho e pacificação da controvérsia jurídico-tributário-imobiliária foi formalizado pelo Despacho nº 167, de 2022, em 11 de abril de 2022, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN, após reiteradas decisões judiciais desfavoráveis ao Fisco Federal. O objetivo neste caso é analisar aspectos relacionados à segurança jurídica, à realização de atos notariais e se as transações do mercado imobiliário tornaram-se mais dinâmicas, com a não ocorrência do fato gerador dos tributos cobrados pelo Fisco Federal, especialmente o Imposto sobre a Renda-Pessoa Jurídica-IRPJ, também na modalidade de apuração do lucro presumido, e consequentemente a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL, as contribuições sociais ao PIS e a Cofins, quando das operações de permuta de imóveis.
Palavras-chave: Fazenda Nacional. Lucro presumido. Permuta de imóveis. Tributação.

Tax aspects of the exchange of real estate carried out by a legal entity taxed by the presumed profit and the implementation of the principle of solidarity between parties

Abstract: This work analyzes the exchange of real estate, especially at the time when the National Treasury put an end to a controversy that occurred both in the administrative and judicial spheres, which causes positive impacts on real estate transactions and, consequently, with reflections on the acts drawn up in the notary offices. As a result of decisions of federal regional courts

and especially the Superior Court of Justice-STJ, highlighting the Special Appeal-REsp No. companies opting for presumed profit, which pay Corporate Income Tax (IRPJ), Social Contribution on Net Income-CSLL and social contributions to PIS and Cofins. The Superior Court of Justice-STJ made it clear, in several decisions, that in most real estate exchange operations, the company does not earn a profit and, therefore, the exchange agreement cannot be equated with the purchase and sale agreement for tax purposes. (REsp No. 1,733,560). The outcome and pacification of the legal-tax-real estate controversy was formalized by Order No. The objective in this case is to analyze aspects related to legal certainty, the performance of notarial acts and whether the real estate market transactions have become more dynamic, with the non-occurrence of the taxable event charged by the Federal Tax Authorities, especially the Income Tax. - Legal Entity-IRPJ, also in the method of calculating the presumed profit, and consequently the Social Contribution on Net Income-CSLL, the social contributions to PIS and Cofins, in the case of real estate exchange operations.
Keywords: National Treasury. Presumed profit. Real estate exchange. Taxation.

INTRODUÇÃO

Serão abordados aspectos relacionados ao conceito do contrato de permuta, sua diferença em relação ao contrato de compra e venda, bem como verificar os argumentos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ao embasar o entendimento consubstanciado no Despacho nº 167, de 2022, de 11 de abril de 2022, no que se refere à não-incidência de tributação de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins nas transações de permuta de imóveis por empresas optantes pela apuração pelo lucro presumido.

A Receita Federal havia editado a Instrução Normativa SRF nº 107, de 14 de julho de 1988 para esclarecer que nas operações de permutas imobiliárias sem torna não haveria o fato gerador desses tributos. A mencionada instrução normativa da Receita Federal[1] referia-se, à época, apenas às empresas optantes pelo Lucro Real, haja vista que naquele momento as sociedades empresárias do ramo imobiliário eram obrigadas a optar por tal regime tributário. A partir do momento que se tornou possível para as empresas imobiliárias optarem pelo lucro presumido, restou esvaziada a orientação do Fisco Federal sobre o tema. Assim, a Receita Federal proferiu Parecer Normativo RFB/COSIT nº 9, de 04 de setembro de 2014 (DOU 05.09.2014), equiparando os contratos de permuta à compra e venda e, assim argumentava haver as citadas incidências tributárias (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins).

2 A PERMUTA NO CÓDIGO CIVIL

O art. 533 do Código Civil[2] cuida da troca ou permuta, sendo que dos comentários ao referido artigo destacam-se esses pontos referentes à permuta:

[1] Instrução Normativa SRF nº 107, de 14 de julho de 1988 (DOU 15.07.1988); Ementa: "Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas e do lucro imobiliário das pessoas físicas, nas permutas de bens imóveis." Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br//sijut2consulta/link.action?visao=original&idAto=1468> Acesso em: 18 de junho de 2022.

[2] Da Troca ou Permuta –

Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:

I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

> Cuida-se de um contrato *bilateral* e *oneroso*, pelo qual as partes transferem, reciprocamente, quaisquer objetos diversos do dinheiro de sua propriedade para a outra. Assumem, pois, os *permutantes* ou *tradentes*, obrigações recíprocas, com sacrifícios e vantagens comuns, mesmo que, eventualmente, os bens tenham valores diversos (o que aliás, acontecerá no mais das vezes). O objetivo da aquisição e da transferência de coisas equivalentes é o mesmo da compra e venda, diferenciando-se no que diz respeito à inexistência de um preço. Em comum, pretende-se adquirir propriedade móvel ou imóvel pela posterior tradição ou pelo registro do título. [...] Ademais, não é da essência da troca que os bens permutados tenham identidade de valor econômico – o que, aliás, raramente acontecerá, pois, em concreto, a grande maioria dos bens possuem valores diferenciados. Dessa forma, o contrato de permuta não se converte em compra e venda pelo simples fato de uma das partes complementar com dinheiro a coisa concedida em troca, a fim de se alcançar equivalência no negócio jurídico. Denomina-se ***saldo*** ou ***torna*** a importância em dinheiro que será reposta por um dos permutantes ao outro, na hipótese *sub oculis*.

Frisam, tanto doutrinadores quanto operadores do direito que deve-se ter o cuidado para não confundir permuta com a compra e venda ou que não se faça essa confusão para trilhar caminhos menos nobres. Observam também que se o saldo ou torna representa um "mero complemento do valor da coisa", caracterizada estará a permuta.

Uma vez que o art. 533 do Código Civil dispõe que ao contrato de permuta devem ser utilizadas as mesmas disposições legais do contrato de compra e venda, o que não se faz reparos na perspectiva de uma análise a partir do Direito Civil, com pertinência observou Bussoli que "para fins tributários deve-se definir a natureza e as características específicas da permuta, haja vista que dessas operações (contrato de compra e venda e contrato de permuta) decorrem diferentes efeitos tributários"[3].

2.1 Permuta de imóveis, sem torna, não gera receita tributária

Sabia-se que o conceito de receita não poderia ser confundido com o mero ingresso de recurso na empresa, pois ao contrário deste, a receita se integra, de maneira definitiva, ao patrimônio, sem qualquer reserva ou condição. Nessa perspectiva, as operações de permuta de imóveis, o valor recebido a título na troca não se caracteriza como receita bruta, pois na realidade existe apenas a substituição de ativos, com o mesmo valor contábil do bem baixado em sua escrituração (item 2.1.1 da Instrução Normativa-IN SRF nº 107, de 1988).

A propósito, consoante o disposto no artigo 30, da Lei nº 8.981 de1995[4]**,** aplicável tanto ao lucro real, quando ao presumido, só haverá receita bruta quando as unidades imobiliárias forem efetivamente vendidas pela incorporadora, com o consequente ingresso em caráter definitivo, e acrescentando elemento positivo ao patrimônio do contribuinte.

A despeito disso, a Receita Federal do Brasil, por meio da Solução de Consulta Cosit nº 207 de 2014, e do Parecer normativo COSIT n° 9 de 2014[5] equiparou o contrato de permuta ao

[3] BUSSOLI, Luan**. Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado: a tributação das permutas imobiliárias realizadas por empresas optantes pelo lucro presumido sob a ótica do parecer Normativo 9/2014 da Receita Federal do Brasil** in Intersecções jurídicas entre o público e o privado / a solidariedade como dever fundamental [recurso eletrônico] / organização de Jorge Renato dos Reis, Érica Veiga Alves – Curitiba: Íthala, 2021, p.57.

[4] Art. 30. As pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias relativa a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, deverão considerar como receita bruta o montante efetivamente recebido, relativo às unidades imobiliárias vendidas.

[5] Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=55839&visao=compilado Acesso em 18 de junho de 2022.

de compra e venda, e estabeleceu que "o valor do imóvel recebido constitui receita bruta indistintamente se trata-se de permuta tendo por objeto unidades imobiliárias prontas ou unidades imobiliárias a construir", devendo integrar a base de cálculo de IRPJ e CSLL no regime de lucro presumido "tanto o valor do imóvel recebido em permuta quanto o montante recebido a título de torna".

Apesar do entendimento da Receita Federal do Brasil ser contrário ao defendido pelos contribuintes, veio o Superior Tribunal de Justiça-STJ no julgamento do REsp. n° 1.733.560/SC[6] (número único: 5016447-20.2015.4.04.7205), ocorrido em 21 de novembro de 2018, decidir que o contrato de troca ou permuta não deve ser equiparado, na esfera tributária, ao contrato de compra e venda, pois não haverá, na maioria das vezes, auferimento de receita, faturamento ou lucro na troca/permuta.

A decisão no REsp 1.733.560 veio a corroborar a posição que já era amplamente acolhida, especialmente pelo Tribunal Regional Federal da 4ª RegiãoTRF4, em Porto Alegre-RS.

Dessa forma, as empresas do ramo imobiliário optantes pelo lucro presumido estavam, desde então, diante de cenário favorável ao ingresso de ação judicial para afastar a tributação da permuta e eventualmente reaver os valores pagos indevidamente nos últimos cinco anos, via restituição ou compensação, a contar da decisão consubstanciada no REsp 1.733.560 e, inclusive, para suspender a exigibilidade dos tributos por meio de liminar, antecipação de tutela ou depósito judicial.

Entretanto, pertinente observar que como o julgamento não se deu em recurso repetitivo, deixar de tributar a permuta por iniciativa própria, sem autorização judicial, é medida de risco, ficando o contribuinte sujeito à autuação pela Receita Federal, com a cobrança de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, além de multa e de juros.

3 DO DESPACHO N° 167 DE 2022 DA PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Considerando os argumentos apresentados pelos contribuintes, especialmente o Judiciário Federal e por fim o Superior Tribunal de Justiça-STJ decidiu pela impossibilidade da equiparação do contrato de permuta ao contrato de compra e venda, no âmbito tributário, em face de que na permuta não há ingresso de receita, razão pela qual não há o fato gerador dos tributos (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins) habitualmente cobrados pelo Fisco Federal.

Por conseguinte, por não haver lei instituindo tributos, especialmente IRPJ, sobre as operações de permuta, quando realizadas por empresas optantes pelo lucro presumido, restou reconhecido como inexistente o fato gerador da incidência tributária pretendida pela Fazenda Nacional, tornando-se cristalina a contestação judicial referente à cobrança de tributos incidentes nas permutas, com base no Parecer Normativo RFB/COSIT nº 9, de 2014.

Diante esse quadro, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN, face à pacificação da jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça-STJ[7] e a consequente inviabilidade de reversão

[6] STJ - REsp: 1.733.560 SC 2018/0076511-6, relator: ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/05/2018, Turma: 2 — SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2018. Disponível: clique aqui. Acesso em 18 de junho de 2022.

[7] Precedentes no STJ: REsp nº 1.733.560/SC, AgInt no REsp nº 1.758.483/SC, AgInt no REsp 1.796.877/SC, AgInt no AgInt no REsp nº 1.639.798/RS, AgInt no REsp 1.737.467/SC, AgInt no REsp 1.800.971/SC, AgInt no REsp nº REsp 1.868.026/PB, REsp nº 1.754.618/SC, REsp nº 1.798.211/RS, REsp nº 1.801.839/RS, REsp nº 1.850.377/SC, REsp nº 1.737.790/RS e REsp nº 1.738.667/SC.

do entendimento desfavorável à União, veio, por meio do Despacho n° 167, de 08 de abril de 2022, incluir o tema na lista de dispensa de "Contestar e Recorrer"[8] (artigo 2º, V, VII e §§3º a 8º, da Portaria PGFN nº 502/2016), nos seguintes termos:

> [...] Base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins. Empresas do ramo imobiliário que apuram seus tributos pela sistemática do lucro presumido. Contrato de permuta, sem parcela complementar. Resumo: O contrato de troca ou permuta não deve ser equiparado, na esfera tributária, ao contrato de compra e venda, pois não haverá, em regra, auferimento de receita, faturamento ou lucro na troca. O artigo 533 do Código Civil apenas ressalta que as disposições legais referentes à compra e venda se aplicam, no que forem compatíveis, com a troca no âmbito civil, definindo suas regras gerais. Como corolário, não havendo comprovação documental em sentido contrário, nem parcela complementar, o valor do imóvel recebido nas operações de permuta com outro imóvel não deve ser considerado receita, faturamento, renda ou lucro para fins do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins apurados pelas empresas optantes pelo lucro presumido[9]. [...].

Foi a seguinte a ementa do Parecer SEI nº 38694/2021/ME da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional referente à matéria ora em análise:

> Parecer SEI nº 8694/2021/ME
>
> Análise de inclusão de tema em lista de dispensa. Inserção, na base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS E COFINS das empresas do ramo imobiliário, que apuram tributos pela sistemática do lucro presumido, dos valores dos imóveis recebidos por meio de permuta, sem a chamada "torna", como parte de pagamento na aquisição de outro. Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Inclusão de tema em lista de dispensa de contestar e de recorrer. Art. 2º, VII, da Portaria PGFN nº 502, de 2016. Art. 19, inciso VI, c/c art. 19-A, *caput* e inciso III, da Lei nº 10.522, de 2022. Processo SEI nº 10951.102571/2021-25 Em 08 de julho de 2021.

Dessa forma, verifica-se a mudança de tratamento tributário aplicado às pessoas jurídicas que realizam permutas imobiliárias, especialmente àquelas optantes pelo regime de apuração contábil do denominado lucro presumido, que outrora seguiam, administrativamente, o entendimento do Parecer Normativo RFB/Cosit nº 09, de 4 de setembro de 2014 (DOU 05.09.2014), com a cobrança dos referidos tributos (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins) nessas operações, bem como demonstra-se como fica o cenário jurídico-tributário-imobiliário após as reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Despacho nº 167, de 08 de abril de 2022, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN.

[8] Artigo 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre:

[...]

VI - tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando:

[...]

b) não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e [...]

[9] Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/temas-com-dispensa-de-contestar-e-recorrer/portaria-pgfn-502-texto-consolidado-ate-portaria-19581-alterada-2020.pdf . Acesso em 18 de junho de 2022.

3.1 Redução do ônus tributário nas permutas de imóveis por pessoas jurídicas optantes pela apuração do lucro presumido

Conforme o despacho publicado em 08 de abril de 2022, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN reconheceu que para fins de incidência de IRPJ e contribuições sociais (CSLL, PIS e Cofins), o contrato de permuta não deve ser equiparado ao contrato de compra e venda, vez que dele não decorre auferimento de receita, faturamento ou lucro, e sim apenas troca ou permuta de ativos. A Fazenda Nacional considerou que essas mutações patrimoniais não constituem receita, tampouco podem representar lucro ou renda para efeitos fiscais, tendo por pressuposto o fato de que delas não decorrem acréscimo de patrimônio, o que então resultaria na incidência dos tributos federais.

Ainda segundo o Despacho n° 167 de 2022, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, "não havendo comprovação documental em sentido contrário, nem parcela complementar, o valor do imóvel recebido nas operações de permuta com outro imóvel não deve ser considerado receita, faturamento, renda ou lucro para fins do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins apurados pelas empresas optantes pelo lucro presumido*"*. Portanto, vale esclarecer que eventuais valores recebidos a título de torna, ou seja, quantias recebidas como parcela complementar, deverão ser considerados receita e, consequentemente, integrar a base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

Assim, observa-se que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão de representação judicial da União no âmbito tributário, acolheu a jurisprudência do STJ, e a partir da publicação do Despacho nº 167, de abril de 2022, não mais discutirá judicialmente o tema, passando a reconhecer que o valor do imóvel recebido em permuta não deve ser considerado receita bruta para fins do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, quando apurados por empresas que exploram atividades do ramo imobiliário optantes pelo lucro presumido.

O Despacho nº 167, de abril de 2022, com base na motivação exposta no Parecer SEI nº 8694/2021/ME, de 8 de julho de 2022, consubstanciam o novo entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, agora favoravelmente ao contribuinte, representando um avanço para a resolução da disputa administrativa e judicial que perdurou por anos.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça-STJ, desde publicado o acórdão, no final de 2018, havia adotado entendimento de que a permuta de unidades imobiliárias não é fato gerador *in concreto* do IRPJ e das contribuições sociais sobre o Lucro Líquido, ao PIS e Cofins, já que esse tipo de operação imobiliária (permuta) não representa acréscimo patrimonial, mas apenas permuta/troca de imóveis, logo, há que se reconhecer a inocorrência do fato gerador dos referidos tributos.

O entendimento que prevaleceu, consubstanciado no Recurso Especial-REsp nº 1.733.560/SC, se aplica às empresas do ramo imobiliário optantes pela sistemática do lucro presumido. Ou seja, as pessoas jurídicas que exerçam atividades imobiliárias de loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à compra e venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda podem excluir da base de cálculo dos multimencionados tributos federais os valores dos imóveis recebidos em permuta.

Consignou o ministro relator Herman Benjamin, relator do Recurso Especial-REsp nº 1.733.560/SC que não se verifica o auferimento de receita, faturamento ou lucro na operação de permuta, isto é, o ingresso de novos recursos financeiros, mas, sim, mera substituição de ativos, o que resulta na não incidência do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

O posicionamento adotado no REsp nº 1.733.560/SC atende ao princípio constitucional da capacidade contributiva, na medida em que o valor do imóvel recebido em permuta não traduz riqueza nova no patrimônio do contribuinte.

Verifica-se ainda que na decisão ficou ressaltado que não cabe a equiparação, para efeitos tributários, da permuta à compra e venda. Consequentemente, em termos jurídicos tributários, afastou-se o entendimento do Parecer Normativo RFB/Cosit nº 9 de 2014 da Receita Federal, que, pautado no artigo 533 do Código Civil, reputa que a permuta equivale a duas operações simultâneas de compra e venda que devem ser submetidas à tributação, sob pena de autuação pelos auditores fiscais.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça–STJ, contrariamente à interpretação da Receita Federal do Brasil-RFB, entendeu que o dispositivo em questão (art. 553 do CC) não autoriza que a permuta seja equiparada ao contrato de compra e venda na esfera tributária, pois previu apenas que, no âmbito do Direito Civil, a permuta e a compra e venda serão disciplinadas pelas mesmas normas e no que houver compatibilidade. Ademais, conforme o art. 110 do Código Tributário Nacional-CTN[10], a RFB não poderia alterar, por meio do Parecer Normativo RFB/Cosit nº 9 de 2014, a definição, o conteúdo e o alcance do instituto da permuta e os conceitos e formas de Direito Privado.

Foi a seguinte a ementa do acórdão do REsp nº 1.733.560-SC, em que foi relator o ministro Hermann Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.733.560 - SC (2018/0076511-6)[11]
>
> RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
>
> RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
>
> RECORRIDO : FRECHAL CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA.
>
> **EMENTA**
>
> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TROCA DE IMÓVEIS. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE LUCRO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO COM A COMPRA E VENDA. ESFERA TRIBUTÁRIA. EXEGESE CORRETA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. FALTA PARCIAL DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 1.022, II, DO CPC.
>
> 1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.
>
> 2. A indicada afronta ao art. 521 do CCom; aos arts. 2º e 3º da Lei 9.718/1998; aos arts. 224, 518 e 519 do Decreto 3.000/1999 não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.
>
> 3. A Corte a quo interpretou corretamente o art. 533 do CC, porquanto o contrato de troca ou permuta não deverá ser equiparado na esfera tributária ao contrato de compra e venda, pois não haverá, na maioria das vezes, auferimento de receita, faturamento

[10] CTN: Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

[11] Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800765116&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 de junho de 2022.

> ou lucro na troca. Nesse sentido a lição do professor Roque Antônio Carrazza, em seu livro Imposto sobre a Renda, ed. Malheiros, 2ª edição, pág.45, para quem "renda e proventos de qualquer natureza são os acréscimos patrimoniais líquidos ocorridos entre duas datas legalmente predeterminadas."
>
> 4. O dispositivo em comento apenas salienta que as disposições legais referentes à compra e venda se aplicam no que forem compatíveis com a troca no âmbito civil, definindo suas regras gerais.
>
> 5. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, não provido.
>
> **ACÓRDÃO**
>
> Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator."
>
> Brasília, 17 de maio de 2018(data do julgamento).
>
> MINISTRO HERMAN BENJAMIN
>
> Relator

Nesse contexto posto pelo Parecer Normativo RFB/Cosit nº 9 de 2014 resultava em que a alienação do imóvel recebido em permuta constituía-se numa operação de compra e venda, que era ordinariamente tributada. Logo, sendo a permuta também tributada, como pretendia a Receita Federal, havia a dupla tributação de valores, o que sempre foi vedado pela ordem jurídica brasileira.

Portanto, tão somente a torna, eventualmente auferida em operação de permuta, é que está sujeita à tributação. O valor do imóvel recebido, discriminado no instrumento representativo da operação, não deve integrar a base de cálculo dos tributos.

Entretanto, até o momento, ainda não se pôs termo ao referido questionamento no âmbito da Receita Federal do Brasil-RFB, uma vez que não houve manifestação conclusiva ou publicação de ato normativo quanto ao entendimento judicial cristalizado no Superior Tribunal de Justiça[12], no que tange à aplicação do art. 19-A, caput, e inciso III, da Lei nº 10.522 de 2002, que autoriza aos auditores fiscais da Receita Federal do Brasil a deixar de constituir os créditos tributários quando se tratarem de matérias que não existam mais viabilidade de reversão judicial de tese jurídica firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional[13] .

Entende-se ainda que, enquanto o Parecer Normativo COSIT n° 9, de 04 de setembro de 2014 (DOU 05.9.2014) continuar em vigor[14], expressando o entendimento da Receita Federal do Brasil-RFB, não sendo revogado por esta[15], deve o contribuinte ter cautela no que se relaciona à eventual exclusão, nas operações de permuta de imóveis, da base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, sem a respectiva autorização judicial. O Parecer Normativo COSIT n° 9 de 2014 tem a seguinte ementa:

> Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ.

[12] Artigo 1, III, c/c artigo 350, III, da Portaria n° 284, de 27 de julho de 2020. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=111265 . Acesso em 18 de junho de 2022.

[13] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm Acesso em 18 de junho de 2022.

[14] Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=55839&visao=relacional. Acesso em 18 de junho de 2022.

[15] Lembra-se que segundo o artigo110, I, do CTN, os atos normativos expedidos pela autoridade administrativa são normas complementares à legislação tributária.

> PESSOAS JURÍDICAS. ATIVIDADES IMOBILIÁRIAS. PERMUTA DE IMÓVEIS. RECEITA BRUTA. LUCRO PRESUMIDO.
>
> Na operação de permuta de imóveis com ou sem recebimento de torna, realizada por pessoa jurídica que apura o imposto sobre a renda com base no lucro presumido, dedicada a atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, constituem receita bruta tanto o valor do imóvel recebido em permuta quanto o montante recebido a título de torna.
>
> A referida receita bruta tributa-se segundo o regime de competência ou de caixa, observada a escrituração do livro Caixa no caso deste último.
>
> O valor do imóvel recebido constitui receita bruta indistintamente se trata-se de permuta tendo por objeto unidades imobiliárias prontas ou unidades imobiliárias a construir. O valor do imóvel recebido constitui receita bruta inclusive em relação às operações de compra e venda de terreno seguidas de confissão de dívida e promessa de dação em pagamento, de unidade imobiliária construída ou a construir.
>
> Considera-se como o valor do imóvel recebido em permuta, seja unidade pronta ou a construir, o valor deste conforme discriminado no instrumento representativo da operação de permuta ou compra e venda de imóveis.
>
> Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, art. 14; Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), art. 533; RIR/1999, arts. 224, 518 e 519; IN SRF nº 104, de 24 de agosto de 1988.[16]

Entretanto ressalta-se que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional lavrou o Parecer SEI nº 8694/2021, aprovado pelo Despacho nº 167/PGFN-ME, que teve eficácia a partir de 08 de abril de 2022, marcando a data de início da vigência da dispensa de contestar e de recorrer. Entretanto, na busca de segurança jurídica, é que espera-se o posicionamento da RFB face ao novo contexto jurídico, para evitar incertezas no setor imobiliário, e, consequentemente, garantir a segurança jurídica necessária para realização das operações de permuta de imóveis por empresas do ramo imobiliário optantes pelo lucro presumido, sem o risco de eventual autuação fiscal, com imposição de penalidades e juros.

4 PERMUTA DE IMÓVEIS E EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE *INTER-PARTES*

Decorrência de momentos de crises econômicas, especialmente quando há falta de compradores no mercado imobiliário e ausências de financiamentos habitacionais com taxas de juros razoáveis, uma alternativa viável para quem pretende se desfazer de um imóvel e adquirir outro é por meio da troca ou da permuta.

Segundo a percepção e experiência dos operadores do mercado imobiliário, em regra, a venda de um imóvel é sempre precedida da compra de outro, normalmente, de maior preço, daí a importância da permuta no setor imobiliário. Entretanto, a permuta não se diferencia muito da compra e venda quanto às precauções que se deve tomar acerca do imóvel objeto da transação, sendo importante que os permutantes busquem o máximo de informações possíveis sobre o imóvel, em especial no que tange à documentação (registro e prefeitura, por exemplo), bem como das características físicas (tempo de obra, reparos feitos, benfeitorias) e da localização, além dos documentos pessoais dos permutantes, como certidões cíveis, trabalhistas, de regularidade fiscal, dentre outras.

[16] Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=55839&visao=anotado>. Acesso em: 18 de junho de 2022

Ademais, pertinente que a operação de permuta de imóveis seja feita com a participação de um advogado e que o contrato seja elaborado somente após a avaliação dos documentos referentes ao imóvel, aos permutantes e da análise das unidades imobiliárias a permutar por parte de um engenheiro. Após essa primeira fase, as partes podem, com mais segurança, formalizar o acordo da forma mais conveniente, tendo em foco, na busca desse consenso, a efetividade do princípio da solidariedade inter-partes.

A efetividade dos direitos dos permutantes dos imóveis, na perspectiva do princípio constitucional da solidariedade inter-partes tem reflexos no âmbito dos tabelionatos de notas, quando da formalização da permuta por meio da escritura pública[17]. O notariado brasileiro é um serviço fundamental para assegurar direitos fundamentais, liberdade, segurança, solidariedade e igualdade.

Dessa forma se verifica como e em que medida o notariado concretiza os direitos dos permutantes, não só o princípio constitucional da solidariedade, mas também o sobreprincípio da segurança jurídica.

Observa-se também que a cada dia fica mais nítida na sociedade a ideia de que ‘’a solidariedade é um caminho sem volta para um mundo que precisa se humanizar e reduzir desigualdades’’[18]. Filosoficamente, podemos entender que:

> Solidariedade (do lat. *solidus*: maciço)
>
> 1. No sentido corrente, assistência mútua em circunstâncias difíceis.
>
> 2. No sentido biológico, dependência recíproca dos elementos de um todo, seja de um organismo vivo, seja de uma sociedade.
>
> 3. Do ponto de vista moral, designa um dever decorrente da tomada de consciência das obrigações recíprocas que ligam todo homem a seus semelhantes, pois cada um depende de todos. Quando a solidariedade deixa de ser mecânica para se tornar orgânica, traduzindo-se por trocas frutuosas entre os homens ou as nações, torna-se fator de liberdade.[19]

São sempre apontadas como das principais características da sociedade, seja ela uma família ou uma grande sociedade política como o estado, a pluralidade, a interação, a finalidade e a solidariedade, sendo que alguns autores acrescentam ainda o objetivo comum, como elemento fundamental para a existência de uma sociedade.

Nesse contexto, *solidariedade*, como característica do grupo social, não significa inter auxílio, ajuda mútua ou cooperação, mas, antes, a consciência da unidade grupal, isto é, a consciência que deve ter cada pessoa, de que faz parte do grupo. E porque o integra ou o faz inteiro, passa a ajudar os demais parceiros e cooperar com os demais associados e companheiros. Quanto aos termos *companheiro* e *solidariedade* explica que etimologicamente, *companheiro* “significa aquele com quem se reparte o pão (do latim, cum + panis), e solidariedade é a qualidade do que é inteiro, integral (do latim *solidum* = inteiro).[20]

Esclarece Agerson Tabosa Pinto que “a solidariedade não é a mesma em todos os grupos. Geralmente é maior nos grupos menores, de contatos informais e frequentes, e menos intensa nos grupos maiores, de contatos raros e formalizados. Durkheim chamou aquela de mecânica,

[17] Há a obrigatoriedade de ser lavrada por instrumento público somente quando o objeto da permuta for a troca de imóveis que extrapolam o valor mínimo.
[18] ALBUQUERQUE, Beto. **Solidariedade com limites.** Jornal Zero Hora, ed. 4 e 5 de setembro de 2021, p. 4.
[19] JAPIASSÚ, Hilton. **Dicionário básico de filosofia** / Hilton Japiassú, Danilo Marcondes. 5. ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, verbete ‘’solidariedade’’, p. 258.
[20] PINTO, Agerson Tabosa. **Teoria geral do estado.** Fortaleza: Imprensa Universitária-UFC, 2002, p. 13.

para destacar sua espontaneidade, e esta, de orgânica, pois geralmente apoiada em base contratual ou legal[21]".

A solidariedade advém de uma origem teológica e ética, sendo considerada, em seu cerne, como uma virtude nas relações interpessoais, correlacionada também com o conceito de caridade. Assim, a mutualidade nas relações privadas, entre membros da mesma comunidade é denominada como "solidariedade dos antigos"[22]

Nesse sentido, a concepção solidarista também foi reconhecida como altruísmo, em que haveria uma ação solidária gratuita visando ajudar o próximo. Além disso, quando o Estado passou a se preocupar com questões sociais, a solidariedade foi uma solução encontrada para garantir o bom desenvolvimento da comunidade[23]

A positivação da solidariedade encontrou aporte na origem cristã e sociológica para haver uma ressignificação do conceito para construir um valor necessário a ser aplicado nas relações interpessoais a fim de concretizar direitos e, em especial, como sendo um vetor de concretização da dignidade da pessoa humana. Entretanto, na Constituição brasileira, o legislador constituinte inovou ao acrescentar o princípio jurídico da solidariedade, devendo ser aplicado tanto na elaboração da legislação ordinária, execução de políticas públicas e momentos de interpretação e aplicação do direito, por todos os membros da sociedade[24]

O conceito de solidariedade se diferencia da caridade quando consideramos que para a caridade é necessária a vontade individual de fazer o bem, como compaixão. Já na solidariedade há uma ética jurídica implícita no agir, resultando em uma ação em prol do bem comum do próximo[25].

A positivação da solidariedade passa a enfatizar a necessidade de assistência por parte do Estado para a população que mais necessita, bem como passa a enfatizar a necessidade de um agir social entre a própria comunidade. No Estado Social essa noção fica mais clara e a solidariedade é tida como um valor superior[26].

No artigo 3º da Constituição Federal são invocados os fundamentos da solidariedade, dignidade da pessoa humana e igualdade. Nesse sentido o princípio da solidariedade está explícito no texto constitucional, entretanto, ele também está incorporado à dignidade da pessoa humana. Ou seja, sempre quando se pensar em solidariedade como princípio, deve-se ter a dignidade como um princípio maior, abarcando-a.

[21] DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho Social (De la Division du Travail Social), São Paulo, Martins Fontes, 1990, pp. 39-105, **in** PINTO, Agerson Tabosa. **Noções de Sociologia.** Fortaleza: Editora da UFC, 2000, p. 142.

[22] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. In: Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Marian Hurtado Bautista. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1992, pp. 247-272. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/11620>. Acesso em: 30 set 2020, p. 256-257

[23] NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra Editora, 2007.

[24] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

[25] CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da Solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Ed. Ixtlan, 2014

[26] JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais.** Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

No Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade e solidariedade, caracterizam-se por não mais pensar no indivíduo isoladamente como titular do direito, mas sim pensando neste inserido em um grupo, como povo e nação, caracterizando-se como direito de titularidade transindividual.

Essa dimensão de direitos traz em seu escopo os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, dentre outros. O cuidado, na verdade, resulta de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas por diversos fatores, como o processo de descolonização Pós-Segunda Guerra e pelo impacto tecnológico.[27]

O princípio da solidariedade é resultante de movimentos da evolução em que a sociedade deixa de ver o ser individualista e patrimonialista e passa a vê-lo como titular de direitos. Nesse sentido, a noção de jurisdição constitucional, que se estabelece no segundo período pós-guerra, passa a ter, cada vez mais, um cunho de concretização de direitos fundamentais e garantias.

O reconhecimento do direito do próximo por todos os membros da sociedade é fator decisivo para a construção de um ambiente que promova justiça e segurança. Nesse aspecto a vivência da solidariedade é o caminho para a plena promoção da dignidade da pessoa humana. Há, notoriamente, uma espécie de vício de comportamento social, no qual todos os membros da sociedade são acometidos pela falta de paz de espírito e insegurança[28].

Quando se planeja uma sociedade justa e na importância que damos para o próximo que se encontra a razão. A vida em sociedade pressupõe conviver com a diversidade e com tudo aquilo que não se assemelha com o que somos, e é nesse aspecto que a solidariedade possui sua base – em reconhecer o outro, mesmo que o outro seja diferente do que se é.

No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, o princípio da solidariedade tem sentido diferente da fraternidade universal, em que supera o mito do fim supraindividual, tendo como interesse superior o pleno desenvolvimento da pessoa humana[29].

Face às dificuldades que vivenciamos, Harari[30] observa que "os cidadãos devem pressionar os políticos a agir no espírito da solidariedade global, a cooperar com os outros países em vez de culpá-los, a distribuir fundos de maneira justa, a preservar os pesos e contrapesos da democracia – mesmo em meio a uma emergência".

Adam Smith, professor de Filosofia Moral na Universidade de Glasgow, Escócia, Reino Unido, e posteriormente servidor da administração aduaneira britânica em Edinburgh, Escócia, destacou-se, especialmente, com a obra *A Riqueza das Nações* (*The Wealth of Nations*), publicada pela primeira vez em 1776.[31] Entretanto, nessa nossa investigação, tomaremos os ensinamentos de Adam Smith consubstanciados em sua obra *Teoria dos Sentimentos Morais*[32], de

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

[28] CARDOSO, Alenilton da Silva. O princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. In: Revista de Direito Mackenzie, v. 6, n. 1, 2012. Disponível em: < http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/5793/4209>. Acesso em: 20 set. 2020.

[29] REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, J. R. (Org.); LEAL, R. G. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. T. 7. p. 2033-2064.

[30] HARARI, Yuval Noah**. Notas sobre a pandemia**: e breves lições para o mundo pós-coronavírus. 1. ed. Tradução Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 96.

[31] **A Riqueza das Nações** [**The Wealth of Nations**] teve sua maior ampliação, feita pelo próprio Adam Smith, na edição de 1784. **In**: SMITH, Adam. **The Wealth of Nations.** Introduction by Robert Reich. New York: The Modern Library, 2000, p. 6.

[32] SMITH, Adam. (1723-1790). Teoria dos Sentimentos Morais (título original: **Theory of Moral Sentiments**), ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de

1759, em que faz da simpatia o fundamento da moral. Filosoficamente, por guardar próxima relação com solidariedade, podemos entender "simpatia" como:

> Simpatia (do grego *sympatheia*: participação ativa no sofrimento do outro, compaixão, comunidade de sentimentos, de *pathos*: estado passivo, sofrimento, e *syn*: com, partilhado com) (...) 3. Filosoficamente, ato intencional de comunicação intersubjetiva através do qual alguém é levado a participar ativamente das alegrias ou dores de outrem, fazendo efetivamente delas suas alegrias e suas dores e tendo consciência de com esse outrem estabelecer um profundo modo de conhecimento ou uma verdadeira inteligência do sentimento, vale dizer, uma real compreensão de seu estado e de seu "segredo": "Toda simpatia implica a *intenção* de sentir a alegria ou o sofrimento que acompanha os fatos psíquicos do outro" (M. Scheller). É neste sentido que Aristóteles afirma que "todo amor nasce do conhecimento", desse conhecimento intuitivo "simpático". (JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário básico de filosofia* / Hilton Japiassú, Danilo Marcondes. 5. ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, verbete ''simpatia'', p. 253)

Por isso, também pertinente observar a aplicação e efetividade dos princípios notariais na concretização das permutas, por meio dos princípios do Direito Notarial, tendo em vista a aplicabilidade e efetividade de tais cânones desse ramo do Direito nas atividades dos tabelionatos de notas, a fim de que ocorra o reconhecimento e efetividade dos direitos dos contratantes, na perspectiva do princípio constitucional da solidariedade inter partes e da autonomia da vontade, visando a concretização, o exercício e a efetivação de direitos no âmbito dos cartórios de notas.

Considerando o cotidiano das atividades das serventias extrajudiciais, verifica-se importante a identificação dos princípios mais relevantes do Direito Notarial e que se dê a respectiva observância de tais cânones jurídicos de forma harmoniosa e uniforme nas atividades extrajudiciais desenvolvidas pelos tabelionatos de notas, a fim de que haja segurança jurídica e efetivação de direitos nos acordos celebrados pelos permutantes.

CONCLUSÃO

A partir da publicação do Despacho nº 167/PGFN-ME, de 8 de abril de 2022, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN, que aprovou o Parecer SEI nº 8694/2021, com eficácia a partir de 08 de abril de 2022, a PGFN, órgão de representação judicial e extrajudicial da União no âmbito tributário, não mais discutirá o tema, passando a reconhecer que o valor do imóvel recebido em permuta não deve ser considerado receita bruta para fins do Imposto de Renda Pessoa Jurídica-IRPJ, para as entidades que optam pela sistemática de apuração do lucro presumido, e consequentemente também não ocorrem os fatos geradores *in concreto* da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL e das contribuições sociais ao PIS e Cofins, para as empresas que exploram atividades do ramo imobiliário e que sejam optantes pelo lucro presumido.

Entretanto, observa-se que, enquanto o Parecer Normativo RFB/COSIT n° 9, de 04 de setembro de 2014 (DOU 05.9.2014) continuar em vigor, expressando o entendimento da Receita Federal do Brasil-RFB, não sendo revogado por este órgão tributário federal, deve o sujeito passivo tributário ter cautela no que se relaciona à eventual exclusão do valor dos bens permutados, nas operações de permuta de imóveis, da base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, sem a respectiva autorização judicial.

Por conseguinte, uma vez que o Parecer Normativo RFB/COSIT n° 9 de 2014 ainda não foi revogado, pertinente também observar que como o julgamento do REsp 1.733.560 não se deu

seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução de Lya Luft; revisão Eunice Ostrensky. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

na forma de recurso repetitivo, deixar de tributar a permuta, sem a suspensão da exigibilidade dos tributos, por meio de liminar, de antecipação de tutela ou depósito judicial, ou seja, sem autorização judicial, é medida de risco, ficando o contribuinte sujeito à autuação fiscal pela Receita Federal, com a cobrança de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, além de multa e de juros.

Verificou-se ainda que a efetividade dos direitos dos permutantes de imóveis deve ocorrer em consonância ao princípio constitucional da solidariedade inter-partes, tendo repercussões nos tabelionatos de notas no momento da formalização da permuta por meio da escritura pública. Vê-se assim que o notariado brasileiro é um serviço fundamental para assegurar direitos fundamentais, liberdade, segurança e igualdade, concretizando os direitos dos permutantes, não só na perspectiva do princípio constitucional da solidariedade, mas também do sobreprincípio da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Beto. **Solidariedade com limites.** Jornal Zero Hora, ed. 4 e 5 de setembro de 2021, p. 4.

BUSSOLI, Luan**. Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado: a tributação das permutas imobiliárias realizadas por empresas optantes pelo lucro presumido sob a ótica do parecer Normativo 9/2014 da Receita Federal do Brasil** in Intersecções jurídicas entre o público e o privado / a solidariedade como dever fundamental [recurso eletrônico] / organização de Jorge Renato dos Reis, Érica Veiga Alves – Curitiba: Íthala, 2021, p.57.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da Solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Ed. Ixtlan, 2014

CARDOSO, Alenilton da Silva. O princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. In: Revista de Direito Mackenzie, v. 6, n. 1, 2012. Disponível em: < http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/5793/4209>. Acesso em: 20 set. 2020.

DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho Social (De la Division du Travail Social), São Paulo, Martins Fontes, 1990, pp. 39-105, **in** PINTO, Agerson Tabosa. **Noções de Sociologia.** Fortaleza: Editora da UFC, 2000, p. 142.

HARARI, Yuval Noah**. Notas sobre a pandemia**: e breves lições para o mundo pós-coronavírus. 1. ed. Tradução Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 96.

INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF nº 107, de 14 de julho de 1988 (DOU 15.07.1988); Ementa: "Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas e do lucro imobiliário das pessoas físicas, nas permutas de bens imóveis." Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br//sijut2consulta/link.action?visao=original&idAto=1468> Acesso em: 18 de junho de 2022.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais.** Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

JAPIASSÚ, Hilton. **Dicionário básico de filosofia** / Hilton Japiassú, Danilo Marcondes. 5. ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, verbete ''solidariedade'', p. 258.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra Editora, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. In: Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Marian Hurtado Bautista. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1992, pp. 247-272. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/11620>. Acesso em: 30 set 2020, p. 256-257

PINTO, Agerson Tabosa. **Teoria geral do estado.** Fortaleza: Imprensa Universitária-UFC, 2002, p. 13.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, J. R. (Org.); LEAL, R. G. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. T. 7. p. 2033-2064.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

SMITH, Adam. (1723-1790). Teoria dos Sentimentos Morais (título original: **Theory of Moral Sentiments**), ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução de Lya Luft; revisão Eunice Ostrensky. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

STJ - REsp: 1.733.560 SC 2018/0076511-6, relator: ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/05/2018, Turma: 2 — SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2018. Disponível: clique aqui. Acesso em 18 de junho de 2022.

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Romeu Thomé
Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Minas Gerais.
romeuprof@hotmail.com

Marcelo Santoro Drumond
Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Minas Gerais.
djowe@uol.com.br

Objetivo: O presente artigo tem o objetivo de apontar as diretrizes centrais da atuação jurisprudencial no que tange à proteção do meio ambiente do trabalho, por meio de análise de questões submetidas aos tribunais do trabalho em matérias vinculadas à saúde e à segurança do trabalhador.
Método: Será utilizado o método hipotético-dedutivo e realizada análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária sobre o tema apresentado.
Relevância/originalidade: O tema se apresenta relevante na medida em que identifica o alcance e o impacto da jurisprudência nas questões que envolvem o meio ambiente do trabalho e apontam a sua incontestável contribuição para a construção de um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, a partir da análise de diversos aspectos, tais como as condições de trabalho ofertadas ao ser humano e a reparação civil nos casos de danos causados à saúde do trabalhador.
Contribuições teóricas/metodológicas: O trabalho apresenta significativa contribuição teórica, apontando a importância dos julgados como ferramentas concretas de efetivação do direito fundamental a um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado, resguardando a melhor interpretação da norma, no sentido de conferir proteção ao trabalhador no que tange ao ambiente laboral ao qual se vincula.
Palavras-chave: Meio ambiente do trabalho. Jurisprudência. Proteção. Direito fundamental.

The protection of the working environment from the jurisprudence

Objective: This article aims to point out the central guidelines of jurisprudential action regarding the protection of the work environment, through the analysis of issues submitted to the labor courts in matters related to worker health and safety.
Methodology: The hypothetical-deductive method will be used and legislative, jurisprudential and doctrinal analysis will be carried out on the subject studied.
Relevance/originality: The subject is relevant because it identifies the scope and impact of jurisprudence on issues involving the work environment and points out its contribution to the construction of a healthy and balanced work environment, based on the analysis of several aspects, such as the working conditions offered to the human being and the civil reparation in cases of damages caused to the worker's health.
Theoretical/methodological contributions: The work presents a significant theoretical contribution, highlighting the importance of judgments as concrete tools for the realization of the fundamental right to a healthy and balanced work environment, safeguarding the best interpretation of the norm, in the sense of giving protection to the worker regarding the environment of work.
Keywords: Work environment. Jurisprudence. Protection. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente do trabalho, um dos pilares estruturais do conceito de meio ambiente ao lado do meio ambiente natural, artificial e cultural, é dotado de rígida proteção constitucional, na medida em que se constitui em direito fundamental do cidadão.

Percebe-se, a partir da análise da evolução do nosso ordenamento jurídico, a construção de um sólido sistema de proteção do meio ambiente laboral, permeado por diversos preceitos constitucionais, infraconstitucionais, além de normas provenientes da ordem internacional, no sentido de conferir-lhe uma proteção formal inflexível.

O direito a um meio ambiente do trabalho sadio, seguro e equilibrado, como derivado da conjugação dos dispositivos contidos na Constituição de 1988, especialmente da vinculação do artigo 7º, inciso XXII com o *caput* do artigo 225, permite depreender que não se pode admitir situações de flexibilização e exposição do trabalhador a condições nocivas à saúde.

Essa proteção deve permear todos os riscos porventura perceptíveis e aferíveis que alcançam os contratos de emprego, protegendo o elemento central inerente ao meio ambiente do trabalho, qual seja, o trabalhador.

Assim, premente se torna a verificação da efetiva aplicabilidade de todo um sistema legal constituído ao longo de décadas. A efetividade da proteção do trabalhador inserido em seu meio ambiente laboral somente se dá a partir da aplicação de mecanismos de proteção que permitam o desfrute de um meio ambiente inclusivo, equilibrado, prazeroso e, sobretudo, seguro e saudável, sob os aspectos físico e mental.

Daí decorre o problema a ser abordado na presente pesquisa. A jurisprudência trabalhista é instrumento de plena efetivação dos direitos fundamentais inerentes ao meio ambiente laboral?

O estudo em questão se justifica pela necessidade de identificação do alcance da atuação jurisprudencial em matéria ambiental-trabalhista, ressaltando a relevância da iniciativa dos Tribunais do Trabalho no sentido de primar pela garantia de condições dignas e seguras de labor, a partir da interpretação e aplicação finalística da norma vigente, levando-se em conta relevantes princípios inerentes ao meio ambiente laboral, como o da indisponibilidade, condição mais benéfica, norma mais favorável e proteção, essencialmente relevantes na construção e preservação de um meio ambiente sadio e equilibrado. Também há que se mencionar a atuação dos tribunais aplicando o princípio constitucional da isonomia, essencial para a aferição da garantia reparatória em face de danos causados, especialmente tendo em vista recentes alterações legislativas que mitigam as sanções aplicáveis aos causadores de danos, como o disposto no artigo 223-G, da CLT, com redação dada pela Lei de n.º 13.467/2017.

Foi utilizado o método hipotético dedutivo partindo-se da premissa de que a intervenção jurisprudencial, a partir da melhor interpretação e aplicação da legislação e dos princípios de cunho trabalhista-ambiental, é essencial para a garantia dos direitos fundamentais aqui analisados.

1 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA NO QUE CONCERNE À EFETIVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL INTANGÍVEL

Ao longo das últimas décadas, a jurisprudência trabalhista revelou-se como um fator essencial de elevação da condição humana, em inúmeras dimensões, especialmente no tocante à

consecução de garantias à dignidade da pessoa humana e sua inserção no meio ambiente laboral, a partir da efetivação de preceitos e princípios que regem a busca por condições de trabalho dignas, seguras e inclusivas.

Verifica-se, por meio da atuação dos tribunais, sejam os do trabalho, sejam os regionais, seja o Tribunal Superior do Trabalho, uma atenção especial para garantir, por meio de decisões fundamentadas e técnicas, atentas à melhor interpretação da lei, bem como à pertinente aplicação dos princípios que regem tanto o direito ambiental quanto o direito do trabalho, a plena interação do trabalhador com o ambiente laboral em que está inserido.

O papel da jurisprudência trabalhista, especialmente quando se aborda a matéria conexa ao direito ambiental, referente às inúmeras questões atinentes ao meio ambiente do trabalho, tornou-se absolutamente relevante a partir da percepção, pela magistratura especializada, da existência de um direito fundamental cuja garantia se torna essencial para a elevação das condições sócio econômicas e profissionais do trabalhador.

A percepção de que as matérias inerentes ao meio ambiente do trabalho estão absolutamente vinculadas à dignidade da pessoa humana é ponto crucial no direcionamento dos tribunais trabalhistas na apreciação de questões inerentes às condições de trabalho sob todas suas perspectivas.

O direito do trabalhador em receber do empregador, sob todo e qualquer aspecto, um meio ambiente do trabalho digno, equilibrado, seguro, prazeroso e que tenha o atributo de elevar sua condição humana e permitir sua interação na sociedade, é direito vinculado à plena dignidade da pessoa humana.

Acerca da inserção dos Direitos Humanos no meio ambiente do trabalho e apontando a estrita vinculação entre referidos institutos, ensinam Bruna Pinotti Garcia e Rafael de Lazari que

> Do direito de convivência num ambiente saudável pouco a pouco surge um conceito de meio ambiente de trabalho saudável. Grande parte da vida do empregado se dá no local de trabalho, o que significa que a proteção a essa espécie de meio ambiente busca garantir segurança e saúde na vida do trabalhador. Com efeito, liga-se a dignidade da pessoa humana ao espaço de trabalho não somente numa preocupação individual, mas voltada para todos os funcionários que juntos convivem neste ambiente. (GARCIA, LAZARI, 2014, p.292)

E tais direitos revelam também um caráter nitidamente social, daí a presunção de que se trata de direitos fundamentais, inerentes ao trabalhador de forma geral e abrangente, devendo revestir-se de característica inclusiva e protetiva. Sobre a relevância dos direitos sociais e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, Thiago Penido Martins e Virgínia Lara Bernardo Braz esclarecem que

> Os direitos sociais são enquadrados como direitos de segunda geração que foram conquistados ao passo que a sociedade começou a demandar e exigir prestações positivas do Estado, mediante a adoção de ações estatais e elaboração de políticas públicas voltadas para a garantia de melhores condições de vida e promoção da justiça social. São direitos "à prestação estatal e ao reconhecimento de uma liberdade real e igual para todos" (MENDES; BRANCO, 2015, p. 137), alcançadas a partir da garantia das condições materiais mínimas e essenciais a uma vida digna, não adstrita a mera igualdade perante a lei. (MARTINS, BRAZ, 2019, p. 100)

De tal modo, é dever primordial dos tribunais, quando da análise de controvérsias inerentes ao meio ambiente do trabalho, a observância à aplicação concreta de princípios que visem a melhoria da condição social do trabalhador, inclusive no que concerne ao meio ambiente laboral.

De tal modo, deverão as decisões judiciais pautar-se pela ótica dos princípios da proteção, finalidade social, indisponibilidade, condição mais benéfica, norma mais favorável, além daqueles princípios inerentes ao Direito Ambiental, também vinculados e correlatos ao meio ambiente laboral, como os princípios da precaução, prevenção e responsabilidade ecológica pelos danos causados pelo poluidor.

A atenção a referidos princípios como instrumentos finalísticos de consecução de uma ordem socioambiental equilibrada e intangível, derivada de sua característica como direito fundamental, deverá permear a jurisprudência na interpretação da norma e na solução de controvérsias nas quais, muitas vezes, a lei é omissa.

E não obstante o caráter coercitivo da norma trabalhista, deverá ser ela sopesada e harmonizada em face dos inúmeros princípios aqui referidos, bem como em virtude dos preceitos constitucionais que albergam o meio ambiente do trabalho, se constituindo em um sistema rígido protetivo, que não poderá ser maculado por norma infraconstitucional, na medida em que fere todo conjunto sistêmico cujo objeto central é a proteção ao meio ambiente laboral tendo como protagonista essencial o trabalhador que despende grande parte do seu tempo à dedicação aos assuntos inerentes ao trabalho.

Os artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Federal de 1988, no que concerne à dignidade da pessoa humana, bem como os direitos sociais dos trabalhadores insculpidos nos seus artigos 6º, 7º e 8º, além daqueles inerentes ao direito ambiental, vinculados ao meio ambiente laboral, como o que dispõe os seus artigos 170, 200 e 225, retratam um arcabouço rígido, intangível e absolutamente protetivo no que concerne ao meio ambiente laboral e o ser humano nele inserido, como seu elemento central.

E aliadas a tais dispositivos, também dotadas de legítimo *status* constitucional, por força do disposto no artigo 5º, em seu § 3º, da Constituição Federal de 1988, que as equipara a emendas constitucionais, estão as normas inerentes à ordem internacional, desde que alusivas aos direitos humanos, especialmente aquelas derivadas da Organização Internacional do Trabalho – OIT, como os preceitos decorrentes da Convenção de nº 155, da qual o Brasil é signatário, que trata das diretrizes centrais para o alcance de um meio ambiente do trabalho digno, equilibrado e seguro, sob todos os seus aspectos e características, seja no que concerne ao meio ambiente físico laboral, seja no que tange ao meio ambiente imaterial, derivado das condições de trabalho oriundas da norma vigente e das cláusulas contratuais, como o estabelecimento de jornadas de trabalho equilibradas e períodos de descanso adequados, sem que haja a interferência do trabalhador no essencial descanso do obreiro, instrumento indispensável para a reposição das forças físicas e mentais.

A norma hierarquicamente superior exerce um poder de determinação ou vinculação em face da norma hierarquicamente inferior. Tal determinação se refere ao conteúdo da norma de cunho inferior, bem como acerca da existência de uma margem, maior ou menor, de livre apreciação pelo magistrado (que deve ser exercida para a efetivação dos direitos fundamentais), de tal modo que a norma superior se sobrepõe à inferior por meio de um "quadro", "moldura", a ser preenchida pela norma de caráter inferior, na medida em que, a norma inferior, ao ser observada pelo julgador, pode se deparar com determinadas circunstancias não previstas na norma superior, perdendo sua aplicabilidade, tornando-se muitas vezes contrária a todo um ordenamento legislativo pré-existente, como ocorre com algumas normas derivadas da Lei n. 13.467 de 2017 (reforma trabalhista), que ofendem os preceitos inerentes à proteção ao meio ambiente laboral e ao ser humano nele inserido (KELSEN, 2006).

Decorre daí a margem de liberdade do magistrado para a interpretação da norma. Sobre esse aspecto aqui abordado, destaca-se novamente o pensamento de Hans Kelsen, conhecido

historicamente pelo seu pensamento normativista, mas que destaca em sua obra "A Teoria Pura do Direito" a relevância da interpretação que é inerente ao magistrado, bem como a margem interpretativa das normas postas sob sua apreciação:

> A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, com a relação entre Constituição e Lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou o ato de execução a realizar.
>
> Essa determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo a ordem mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. (KELSEN, 2006, p. 388)

De tal modo, o magistrado assume importante papel na interpretação da norma, eis que, em maior ou menor escala, há sempre uma margem interpretativa, relevante no que se refere ao livre convencimento do magistrado, que por muitas vezes deve sopesar a prevalência de princípios fundamentais do direito do trabalho e do direito ambiental, no caso em questão, para firmar suas decisões.

Quando se trata de direitos sociais, especialmente aqueles intrinsecamente vinculados a direitos humanos, a jurisprudência deve ir além do mero texto legal, buscando interpretar de modo teleológico todo o contexto que envolve o caso concreto e sua interação com as normas vigentes e os princípios imperativos aplicados ao meio ambiente laboral.

E referida atuação deve se dar não somente para estancar os efeitos dos danos ao meio ambiente do trabalho, mas também para preveni-los. Assim, assumem os julgados papel relevante não somente na declaração e arbitramento de reparações de cunho civil, no que concerne a dano moral ou material inerente à inobservância das adequadas condições de trabalho em seus diversos aspectos, mas também na imputação de obrigações de fazer e não fazer alusivas a medidas que promovem o meio ambiente laboral sadio, equilibrado e seguro, conforme se depreende do disposto nos artigos 7º, inciso XXII, e no *caput* do artigo 225, ambos da Constituição Federal de 1988.

2 OS ASPECTOS MATERIAIS INERENTES AO MEIO AMBIENTE LABORAL E SUA INTERPRETAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

Nas últimas décadas, a jurisprudência trabalhista revelou-se um notável instrumento de efetivação das garantias inerentes ao meio ambiente laboral, na medida em que o pensamento prevalente das decisões retratam um sentido protetivo, em atenção aos princípios que regem o meio ambiente laboral, bem como aos preceitos imperativos de ordem constitucional, que revelam a existência de um direito fundamental que demanda proteção rígida, não dotada de flexibilização.

Sua interpretação pelo poder judiciário trabalhista deve primar pela prevalência das garantias à saúde, segurança e bem estar do trabalhador, no sentido de se evitar danos derivados do

exercício das atividades laborais, mas também deve servir como instrumento incisivo em face de efeitos maléficos derivados da abordagem equivocada do meio ambiente do trabalho, pelo empregador, como a imposição de indenizações por danos morais e materiais que tenham o condão de inibir e informar o infrator acerca das graves consequências derivadas da prática de danos ambientais-trabalhistas.

Aponta-se como primeiro exemplo, de muitos que se pode extrair do ordenamento jurídico vinculado ao meio ambiente do trabalho, a aplicação da prescrição no que concerne à exigibilidade de reparação civil, seja por dano moral ou material, decorrentes da indevida inserção do trabalhador ao meio ambiente do trabalho ao qual se submeteu por um certo lapso de tempo.

A jurisprudência predominante tem entendido como marco inicial da contagem prescricional tão somente a ciência inequívoca, comprovada, do dano havido, ainda que esta ocorra anos após o término do contrato de trabalho. E isso se dá uma vez que diversos males à saúde do trabalhador, seja sob o aspecto físico, seja em face do aspecto mental, derivados da prestação contínua de serviços, somente será aferido tempos depois da submissão do trabalhador ao fato gerador do dano, podendo, inclusive, nesse ínterim, haver a extinção do contrato.

Veja-se abaixo julgado elucidativo sobre o tema, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, tendo como relator o Desembargador e professor Marcelo Lamego Pertence, que declara a impossibilidade de aplicação da prescrição, na medida em que a ciência do dano à saúde e integridade física do trabalhador (aspecto inerente ao meio ambiente do trabalho) somente se deu muitos anos após a extinção do contrato, não se lhe aplicando a prescrição bienal contida no artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal de 1988, bem como no que dispõe o artigo 11 da CLT:

> PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. ACTIO NATA. Em se tratando de acidente de trabalho e doença ocupacional, pacificou-se na jurisprudência que o termo inicial da prescrição (actio nata) se dá a partir da ciência inequívoca do trabalhador no tocante à extensão do dano (Súmula 278/STJ). Na hipótese vertente, verifica-se que, embora a reclamada tenha emitido a CAT em 20/12/2005, comunicando ao órgão previdenciário a doença ocupacional, perda ou diminuição de sentido (audição, visão), que acometeu o reclamante, não há nos autos informações sobre eventual afastamento previdenciário do autor nem avaliação, pelo órgão previdenciário, sobre a extensão dos danos decorrentes da doença ocupacional identificada. Nesse compasso, entendo que o autor teve, indubitavelmente, noção da consolidação da doença e seus efeitos somente na data de 11/08/2016, por ocasião da perícia médica realizada no presente feito (ID. 33cbdec), ou seja, quando se constatou a perda auditiva neurossensorial bilateral de grau moderado, já que somente a partir desse momento foi possível dimensionar o dano efetivamente sofrido pelo trabalhador. Logo, não há falar em prescrição da pretensão ao recebimento de indenização por danos morais decorrentes da doença ocupacional, eis que a ciência inequívoca da lesão ocorreu após o ajuizamento da presente ação. (TRT/MG, 2019)

Veja-se, por conseguinte, que referido posicionamento é albergado por entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista o disposto em sua Súmula de n.º 278. Abaixo transcreve-se outro acórdão, no mesmo sentido, da lavra do juiz convocado Mauro César Silva, invocando também o entendimento consolidado e sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de sua Súmula de n.º 230:

> PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE DOENÇA DO TRABALHO. MARCO INICIAL. Nos termos do entendimento consolidado na Súmula 230 do e. STF, "a prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade". E a Súmula 278 do e. STJ estabelece que "o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral". A "ciência inequívoca" não pode

> ser entendida como a primeira manifestação da doença, mas como efetiva consolidação e estabilização de seus efeitos na capacidade laborativa, o que, na hipótese, ocorreu somente com a apresentação do laudo, pelo que não subsiste respaldo fático ou jurídico para se pronunciar a prescrição das pretensões em comento. (TRT/MG, 2019)

Revela aqui a jurisprudência um cuidado protetivo com a saúde do trabalhador, alargando o marco prescricional, levando em consideração a ciência inequívoca da doença ocupacional havida, permitindo ao trabalhador, tão somente efetivamente comprovada a enfermidade derivada do emprego, contabilizar a prescrição referente a tal circunstância.

Outro aspecto relevante, cuja jurisprudência trabalhista também não se furtou em se pronunciar, em absoluta atenção aos princípios típicos de direito ambiental da prevenção e da precaução, bem como da responsabilidade do poluidor-pagador, diz respeito à imputação, por meio de decisões judiciais, de obrigações de fazer e não fazer com o escopo protetivo de coibir e frear os danos havidos aos trabalhadores, derivados de sua exposição a determinados ambientes de trabalho nocivos.

A determinação de adoção, pelo empregador, de medidas gerais e específicas inerentes à preservação da saúde física e mental, além da segurança do trabalhador, que derivam de preceitos de indisponibilidade absoluta, é característica relevante das decisões judiciais dos tribunais trabalhistas. De tal modo, veja-se o exemplo abaixo:

> AÇÃO COLETIVA. INTERESSE PROCESSUAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SAÚDE DO TRABALHADOR. O sindicato da categoria profissional tem interesse processual em ajuizar ação coletiva, contendo pedidos relacionados à obrigação do empregador de elaborar e implantar o PCMSO e o PPRA, porquanto busca resguardar o direito dos substituídos ao meio ambiente de trabalho saudável (CR/88, art. 7º, XXII). (TRT/MG, 2012)

Vale apontar que a atuação jurisprudencial trabalhista depende e deriva também da efetiva atuação sindical, bem como do Ministério Público do Trabalho, aqui sob a ótica coletiva, a partir do ajuizamento de Ações Coletivas, Ações de Cumprimento e Ações Civis Públicas com o escopo de se buscar resguardar os direitos fundamentais inerentes a um meio ambiente de trabalho seguro, sadio, equilibrado e que permita ao trabalhador conviver plenamente na sociedade na qual se insere.

E em diversos aspectos a intervenção jurisprudencial alcança, a partir da determinação de obrigações e disposições contidas em suas decisões, não somente os trabalhadores como destinatários do meio ambiente de labor seguro, evitando-se eventuais riscos à sua integridade física, mas também ao cidadão comum, de modo geral, como se depreende do acórdão abaixo citado que, em matéria trabalhista, invoca um princípio típico de direito ambiental, qual seja, o princípio da precaução:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA ESTADUAL. ASSALTOS À MÃO ARMADA. RISCO À SEGURANÇA PÚBLICA E AOS TRABALHADORES. OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. Conquanto não haja uma expressa obrigação prevista em lei acerca da obrigação de contratação de vigilância presencial armada nas praças de pedágio, a norma contratual administrativa que rege a concessão pública não apenas detém expresso conteúdo normativo obrigando-a a prover outras medidas não previstas em lei para salvaguardar a integridade física dos cidadãos afetos à concessão, aí incluindo usuários e empregados, mas também deve ser interpretada de forma teleológica e conforme o princípio constitucional ambiental da precaução, razão pela qual, havendo prova de que as praças de pedágio são submetidas a vários assaltos ao longo do ano, é devida a condenação em obrigação de fazer postulada. (TRT/MG, 2018)

Portanto, o aspecto interdisciplinar que interliga o Direito do Trabalho ao Direito Ambiental é elo estritamente necessário para a formulação de um sistema protetivo que se traduz em efetividade, abarcando todos os aspectos inerentes ao meio ambiente laboral, na medida em que são aplicados, concomitantemente, princípios inerentes às esferas ambiental e trabalhista, sempre primando pela invocação dos preceitos constitucionais que regem e levam o meio ambiente laboral a ser reconhecido como direito fundamental.

Acerca de tais aspectos, cumpre destacar as palavras de Carla Reita Faria Leal e Débhora Renata Nunes Rodrigues:

> Desse modo, o ambiente de trabalho equilibrado é tido como direito fundamental por ser indispensável à sadia qualidade de vida, consoante expressa o art. 225, *caput*, da CRFB/1988, que tem relação direta com o direito à saúde, em especial a do trabalhador, previsto no art. 6º do texto constitucional.
>
> Além disso, a leitura combinada dos arts. 6º, 7º, XXII, e 200, VIII, todos da Carta Magna, torna incontestável que o ambiente laboral saudável é um direito fundamental do trabalhador.
>
> Tendo em vista que a salvaguarda ao ambiente laboral, o direito ambiental do trabalho, é consequência, em parte, da junção e da relação de questões partilhadas entre os ramos do direito do trabalho e do direito ambiental (PADILHA, 2015, p. 106-107), cumpre frisar que, além de saúde, a pessoa humana ambiciona por qualidade de vida no trabalho, sendo, para isso, crucial o equilíbrio daquele espaço que se encontra profundamente ligado à proteção da dignidade da pessoa que labora. (LEAL, RODRIGUES, 2020, p. 147-148)

Entre diversos aspectos que podem ser abordados, inerentes a atuação dos tribunais do trabalho na efetivação dos preceitos e normas que regem o meio ambiente do trabalho, está a questão que envolve a reparação civil imputada ao agente poluidor do meio ambiente do trabalho, tendo em vista os danos ambientais gerados, sob o aspecto material e moral, seja sob o prisma individual, seja sob o ponto de vista coletivo.

E os aspectos inerentes à reparação civil, nos últimos tempos, são alvo de notória controvérsia e discussões doutrinárias e jurisprudenciais, na medida em que a Lei de n.º 13.467/2017, a denominada "Reforma Trabalhista", criou na CLT os artigos 223-A a 223-G, sendo que este último, em seu parágrafo primeiro, dispõe de critérios para a aferição da indenização por danos morais.

Tal norma, de forma absolutamente subjetiva, sem critérios objetivos quaisquer, cria um escalonamento referente à extensão da lesão, classificando a ofensa moral em natureza leve, média, grave e gravíssima, respectivamente, nos incisos I a IV do referido parágrafo primeiro do artigo em questão.

Além disso, em total dissonância com o disposto no artigo 5º *caput*, da Constituição de 1988, que consagra o princípio constitucional da isonomia, estabelece o "tabelamento" da indenização por dano moral e sua indexação ao salário do ofendido. Assim, o enquadramento em um dos graus acima apontados indicará uma indenização diversa calculada a partir do salário do ofendido.

Portanto, o valor da indenização passa a variar de acordo com o salário que se percebe, a depender do grau de lesão enquadrado, podendo o mesmo fato gerador, que atinge diversos trabalhadores, proporcionar indenizações distintas, eis que vinculadas ao salário do trabalhador.

Cria-se, portanto, hipótese claramente ofensiva ao princípio da isonomia, na medida em que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais é maior ou menor a depender do salário do empregado, o que denota notório desnível e desequilíbrio jurídico na medida em que,

por exemplo, as famílias de dois empregados que falecem no mesmo acidente de trabalho receberão reparações diversas tendo em vista os salários distintos dos mesmos.

Além do rompimento flagrante com o aspecto isonômico, verifica-se também ofensa clara ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, a partir da utilização de tais critérios, se passa a distinguir e valorizar um cidadão tão somente pelo valor do salário que percebe, na medida em que elevará a indenização a depender do *quantum* remuneratório.

De tal modo, nos termos do que prescreve o § 1º do artigo 223-G da CLT, um empregado é reconhecido, para fins de atribuição do valor da indenização, pelo salário que percebe e não por qualquer outro atributo. Trata-se de critério inadmissível de diferenciação do ser humano, tão somente em face do que ele percebe a título salarial.

Portanto, cria-se um modelo injustificável de valoração do fato gerador da reparação civil, o que debelou prontamente o rápido reconhecimento, por parte da jurisprudência trabalhista, de uma inconstitucionalidade flagrante do §1º e seus incisos, do artigo 223-G, da CLT.

E os Tribunais do Trabalho vêm, incidentalmente, declarando referida inconstitucionalidade, especialmente em virtude de ofensa ao princípio da isonomia, não utilizando aquele critério para fins de aferição das reparações por danos morais.

Verifica-se recente decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, nacionalmente reconhecido pelo seu viés protetivo e vanguardista, cujas decisões em matéria de meio ambiente do trabalho, majoritariamente, primam pelo valor dos princípios que o regem, bem como pela prevalência de preceitos constitucionais que, por informarem direitos fundamentais, não comportam flexibilização ou interpretação expansiva no sentido de mitigar os direitos do trabalhador, criando, sob um mesmo fato gerador, situações diversas e desequilibradas.

Assim, veja-se ementa de notável acórdão cujo relator foi o desembargador e jurista Sebastião Geraldo de Oliveira, proferido pelo Tribunal Pleno do TRT da 3ª Região, em julgamento de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade:

> INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, E §§ 1ª a 3º, DA CLT, ACRESCENTADO CAPUT PELA LEI Nº 13.467/17. TABELAMENTO. ARTS. 1º, INCISO III, E 5º, E INCISOS V E X, DA CONSTITUIÇÃO DA CAPUT REPÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS À REPARAÇÃO INTEGRAL E À ISONOMIA. São inconstitucionais os §§ 1º a 3º do art. 223-G da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/17, pois instituíram o tabelamento das indenizações por danos morais com valores máximos a partir do salário recebido pela vítima, o que constitui violação do princípio basilar da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais à reparação integral dos danos extrapatrimoniais e à isonomia, previstos nos arts. 1º, III, e 5º, e incisos V e X, da Constituição da República. (TRT/MG, 2020)

Cumpre também fazer referência a trecho do referido acórdão, cujos fundamentos revelam diretrizes imperiosas na concepção do entendimento de que o meio ambiente laboral merece a máxima salvaguarda e que a violação dos preceitos que o regem refletem mácula aos direitos humanos, ferindo a dignidade do homem, bem como sua prerrogativa intangível de se submeter a um meio ambiente laboral sadio, seguro e equilibrado. E os efeitos reparatórios de eventuais danos causados ao trabalhador, decorrentes de sua submissão a riscos inerentes ao trabalho, não pode servir de instrumento discriminatório e fonte de desequilíbrio jurídico. De tal modo, veja-se o fundamento abaixo transcrito, que traz exemplo simples, mas absolutamente preciso, do tratamento diferenciado proposto pela regra declarada inconstitucional:

> Vejam um exemplo que pode ocorrer na prática e que bem demonstra a discriminação pelo tratamento diferenciado. Estão subindo em um elevador de obra de construção

> civil o estagiário, o pedreiro, o engenheiro e o gerente da obra, que auferem rendimentos mensais diversificados. O cabo do elevador não era o especificado e ainda estavam transportando junto material de construção, violando a NR-18 do Ministério do Trabalho e Emprego, o que acabou provocando acidente e a queda do elevador.
>
> No aspecto extrapatrimonial a dignidade das pessoas lesadas é a mesma, ou seja, a dignidade da pessoa humana não pode ser aferida de acordo com o seu padrão de rendimento. A maior ou menor riqueza da vítima não pode orientar o valor da indenização, nem servir de parâmetro para reparar a lesão extrapatrimonial. Diante desses fundamentos, na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília em 2016, foi adotado o Enunciado 588, com o seguinte teor: "O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial."
>
> A inclusão na Constituição da República de 1988 do direito à reparação dos danos morais indicou que as lesões desta natureza devem ser indenizadas em sua plenitude, sem as amarras de tetos limitadores. Segundo prevê o art. 5º, V, a indenização deverá ser proporcional ao agravo; como - por óbvio - não é possível limitar a intensidade da ofensa, também não se pode limitar o valor da indenização, sob pena de criar em determinados casos uma reparação desproporcional, em benefício do agressor. O equilíbrio na balança lesão-reparação é orientado pelo princípio constitucional da proporcionalidade, por conseguinte o desnível imposto pela limitação reparatória acaba, indiretamente, estimulando a expansão do comportamento lesivo. (TRT/MG, 2020)

Vale também aduzir que outros tribunais também têm se manifestado no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de tal dispositivo, que afronta os princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, além também de macular o princípio da responsabilidade do poluidor-pagador. Cite-se o disposto na Súmula 48 do Tribunal Regional do Trabalho de Mato Grosso (23.ª Região):

> SÚMULA Nº 48 - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, § 1º, I A IV, DA CLT. LIMITAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM A CR/88. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a limitação imposta para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista pelo § 1º, incisos I a IV, do art. 223-G da CLT por ser materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, acabando por malferir também os intuitos pedagógico e de Reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88. (TRT/MT, 2019)

E ainda, quanto a tal matéria, relevante aduzir que a Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra) instaurou perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.º 5870) se insurgindo contra a constitucionalidade do referido dispositivo, o que demonstra a preocupação da magistratura trabalhista acerca dos efeitos decorrentes de tal norma, que afeta sobremaneira a reparação derivada de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, que decorrem da não observância de preceitos legais e princípios inerentes ao meio ambiente laboral, cuja relevância como direito fundamental não se pode afastar.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais sacramentados pela Constituição Brasileira de 1988 são dotados de características rígidas, intangíveis, que não comportam flexibilização, não podendo ser relativizados por norma infraconstitucional que a eles não se harmonizam, sob pena de ruptura de toda ordem sistêmica imperativa de elevação da condição social humana.

O meio ambiente do trabalho se insere diretamente nesse sistema constitucional que ampara a dignidade do ser humano trabalhador, por meio da conjugação de diversos preceitos ali contidos, como aqueles prescritos nos artigos 1º, 5º, 6º, 7º, 170, 200, 225, entre outros, que perfazem o alicerce do direito fundamental a um meio ambiente de trabalho digno, seguro e equilibrado.

A referida proteção formal, amparada por um rígido, complexo e completo sistema legal, demanda necessariamente sua aplicabilidade material, sob pena de não se conferir efetividade às normas e princípios dotados de indisponibilidade absoluta, que não podem ser afastados da dinâmica contratual do trabalhador, levando-se em consideração o meio ambiente do trabalho no qual é elemento central.

Daí a notória relevância da jurisprudência no sentido de conferir à norma seu melhor sentido e sua aplicabilidade plena, especialmente por se tratar de direito fundamental que visa garantir a saúde e segurança, bem como o bem estar do trabalhador, dentro e fora do ambiente ou local de trabalho.

Verifica-se uma atuação profícua da jurisprudência trabalhista em matéria relativa ao meio ambiente laboral, com incessante atuação no sentido de se conferir o melhor e mais eficaz sentido à norma, preservando a incidência dos preceitos constitucionais, de caráter fundamental, no alcance e preservação de um meio ambiente laboral equilibrado.

Os objetivos propostos foram alcançados, eis que se verificou a atuação jurisprudencial em diversos aspectos inerentes ao meio ambiente laboral, dentre eles o reconhecimento como início do marco prescricional tão somente a partir da ciência inequívoca do dano oriundo do meio ambiente do trabalho. Além desse aspecto, foram identificados julgados que imputaram obrigações de fazer aos empregadores, em atenção ao princípio da precaução, com o intuito de evitar a ocorrência de danos derivados do meio ambiente do trabalho. Destacam-se, ainda, julgados que declaram inconstitucional legislação ordinária que contraria os preceitos que regem a reparação civil por danos derivados das relações de trabalho. Daí a inconstitucionalidade do disposto no § 1º do artigo 223-G, da CLT, inserido pela lei de n.º 13.467/2017.

A partir da análise da jurisprudência, restou nítida a tendência de salvaguarda dos preceitos constitucionais que regem e afirmam o meio ambiente do trabalho como direito fundamental, não passível de flexibilização.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade;** tradução de Sebastião Nascimento, 1. ed. São Paulo: 34, 2010, 304p.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL**. Decreto Lei 5.452**, de 1º de Maio de 1943. Aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >. acesso em 26 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 26 set. 2018.

GARCIA, Bruna Pinotti. LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. Salvador: Jus Podium, 2014, 582p.

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**; tradução de João Baptista Machado, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 397 p.

LEAL, Carla Reita Faria; RODRIGUES, Debhora. Renata Nunes. A precarização do trabalho na era digital e seu impacto no equilíbrio laboral-ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 137-165, maio/ago. 2020. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1789. Acesso em: 28.10.2020.

MARTINS, Thiago Penido. BRAZ, Virginía Lara Bernardes. As transformações nas relações de trabalho, a reforma trabalhista e a proibição ao retrocesso social. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 95-117, ago./dez. 2018.

MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho (23.ª Região); TRT da 23.ª Região; **Súmula 48**; publicado DEJT 01/10/2019; disponível em https://portal.trt23.jus.br/portal/sumulas

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3.ª Região); TRT da 3.ª Região; **PJe: 0011521-69.2019.5.03.0000 (ArgInc)**; Disponibilização: 20/07/2020, DEJT/TRT3/Cad.Jud; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3.ª Região); TRT da 3.ª Região; **PJe: 0010523-41.2016.5.03.0054 (RO);** Disponibilização: 14/06/2019, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1207; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Marcelo Lamego Pertence.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3.ª Região); TRT da 3.ª Região; **Processo: 0001078-78.2012.5.03.0073 (RO);** Data de Publicação: 01/10/2019; Disponibilização: 30/09/2019, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 2298; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Mauro César Silva.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3.ª Região); TRT da 3.ª Região; **Processo: 0000205-91.2011.5.03.0080 (RO);** Data de Publicação: 18/07/2012; Disponibilização: 17/07/2012, DEJT, Página 41; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relatora: Maristela Iris S.Malheiros.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3.ª Região); TRT da 3.ª Região; **Processo: 0002379-74.2013.5.03.0057 (RO);** Data de Publicação: 23/11/2018; Disponibilização: 22/11/2018, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1386; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relatora: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002, 526p.

SANTOS, Adelson Silva dos. **Fundamentos do Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, 176p.

O IMPACTO DA POLÍTICA FISCAL SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Fernanda de Holanda Paiva Nunes
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília
fernandanunes3@hotmail.com

Joedson de Souza Delgado
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília
joedson.delgado@hotmail.com

Resumo: Este trabalho reflete o exame normativo da política fiscal à luz dos direitos humanos, visto que a tributação é uma instituição social e de extrema importância para a distribuição de renda e riqueza, bem como de outros bens. Tal situação decorre a justiça tributária – tema inerentemente interdisciplinar localizada entre as disciplinas tributárias tradicionais de direito tributário, finanças públicas e microeconomia e está ligada a abordagens da filosofia e de algumas ciências sociais. A pesquisa sobre justiça tributária é de cunho exploratório realizada por meio de revisão da literatura, com abordagem qualitativa dos conceitos-chave: (i) Estado, (ii) cidadania, (iii) propriedade e (iv) justiça social. Os resultados apontam que a justiça fiscal é um valor social supremo de objetivo constitucional necessária a dignidade dos indivíduos.
Palavras-chave: Direitos Humanos. Justiça Fiscal. Orçamento público. Tributação.

The impact of tax policy on human rights

Abstract: This work reflects the normative examination of fiscal policy in the light of human rights, since taxation is a social institution of extreme importance for the distribution of income and wealth, as well as other goods. This situation arises from tax justice – an inherently interdisciplinary theme located between the traditional tax disciplines of tax law, public finance and microeconomics and is linked to approaches from philosophy and some social sciences. The research on tax justice is exploratory in nature, carried out through a literature review, with a qualitative approach to key concepts: (i) State, (ii) citizenship, (iii) property and (iv) social justice. The results indicate that fiscal justice is a supreme social value with a constitutional objective necessary for the dignity of individuals.
Keywords: Human Rights. Tax Justice. Public budget. Taxation.

INTRODUÇÃO

Normalmente, o debate sobre mudanças tributárias no Brasil costuma aparecer em situações que expõem a desigualdade social e injustiça fiscal. Em 2020, no contexto da pandemia da covid-19, as medidas do governo para conter a propagação do vírus deixaram muitas pessoas expostas a maiores riscos para sua saúde física e mental. Esses riscos decorreram do aumento da exposição ao vírus e das dificuldades econômicas e sociais durante o bloqueio.

Em 2022, com a eleição de um novo governo, o Congresso pode retomar abordar as questões tributárias diante da matemática do orçamento. Torna-se, então, perceptível a necessidade de igualar o acesso a bens essenciais aos cidadãos, a exemplo de uma saúde pública digna e universal.

Nesse particular, o trabalho objetiva refletir a seguinte problemática norteadora: os benefícios fiscais e uso da receita tributária alocada podem ser decisivos para a justiça social? O objetivo geral consiste em analisar a importância da tributação para o funcionamento social, econômico e político de qualquer sociedade.

Os objetivos específicos da pesquisa, por seu turno, elaboradas em cada um dos consecutivas subdivisões, são: explicitar a trajetória da justiça tributária sob a ótica dos direitos fundamentais; identificar a trajetória da capacidade contributiva associada ao mínimo existencial e à justiça distributiva; relacionar a vinculação do Estado aos direitos fundamentais decorre da obrigação de atuação conforme com os respectivos ditames constitucionais, de modo que a adequada incidência destes promove o desenvolvimento social, objetivo fundamental da República.

Metodologicamente, o estudo caracteriza-se como exploratória, feita por meio de revisão integrativa da literatura do instituto da capacidade contributiva, com abordagem de ferramenta quantitativa para diminuição das desigualdades sociais. Para explorar o conteúdo dentro desse recorte proposto, a pesquisa perpassa em quatro pontos sucessivos.

Por meio da justiça fiscal, pretende-se demonstrar que é possível construir alteração da legislação tributária para que a tributação recaia predominantemente sobre a renda e sobre o patrimônio e em menor escala sobre o consumo e os serviços, como ocorre na norma atual. Desse modo, também se defende que a progressividade deve ser amenizada e se dê lugar ao tributo regressivo, para que seja equilibrada a oneração, principalmente dos cidadãos com menor capacidade financeira.

Esse itinerário tornar-se-ão evidentes as mudanças estruturais que devem ser feitas para assim ser alcançada a justiça social e a diminuição da desigualdade social.

1 JUSTIÇA TRIBUTÁRIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo da história, é comum o fato de os Estados exigirem de seu povo, por meio da tributação, os recursos financeiros necessários, a fim de aplicar tais recursos em serviços e políticas públicas, para buscar as melhorias sociais. Entretanto, há pouco se discute sobre a função social do tributo e a promoção de justiça por meio da tributação, sendo esta área ainda pouco trabalhada conceitualmente e, na maioria das vezes, abstrata.

Para diminuir tal abstração, analisar-se-á o conceito de justiça fiscal à luz da doutrina de Rawls e, posteriormente, à luz da Constituição Federal.

A própria Constituição determina regras para que a justiça seja efetivada também por meio da tributação. É nesse sentido que Piketty (2014, p. 466) explicita que a justiça social é o princípio basilar das sociedades modernas, de modo que as políticas públicas devam partir do pressuposto do cumprimento de tal princípio estrutural.

Reafirmando a função social, Tipke (2002, p. 16) determina que o tributo não pode ser entendido somente como um sacrifício exigido do contribuinte, tão pouco como uma simples oneração para angariar riqueza, "mas também como uma contribuição imprescindível para que o ente tributante tenha recursos em nível suficiente para realizar suas tarefas em proveito de toda a sociedade".

Para uma discussão sólida acerca do conceito de justiça fiscal, deve-se analisar a arrecadação e a aplicação dos recursos arrecadados em políticas públicas. Desse modo, analisar-se-á o

conceito de justiça fiscal no que tange à função estatal de cobrar tributos, não é uma preocupação acadêmica que está no centro de uma única disciplina ou tradição acadêmica, mas atravessa uma infinidade de disciplinas como finanças públicas, direito, filosofia, ciência política, sociologia fiscal etc.

Trata-se de um escopo constitucional a promoção de justiça, mais especificamente determinado no art. 3º, I da CF, conforme explicitado no tópico anterior. O Estado possui, então, o dever de onerar, da forma mais justa, os cidadãos, a fim de que o tributo cumpra a sua função de redistribuição de riqueza e da consequente redução de desigualdades sociais (CF, art. 3º, III).

Enquanto a máquina pública possui o dever de prestar, de maneira eficiente, os serviços públicos, os sujeitos passivos têm o dever de contribuir com o Estado na medida de suas rendas e haveres. Neste último, o ente tributante tem o importante papel de não gerar discriminações nem privilégios, distribuindo a carga tributária de modo equitativo, proporcional e justo.

Uma perspectiva sociológica fiscal sobre o Estado também pode ser instrutiva para a teorização da justiça tributária. A consciência das clivagens socioeconômicas e da assimetria de poder completam o conceito de um Estado como uma política de valor comum que visa o bem comum.

O Estado é um instrumento para realizar as considerações de justiça tributária, mas nunca é um terreno neutro para a competição das melhores ideias tributárias. Estado e tributação estão estreitamente interligados, assim como a tributação, redução da pobreza e justiça social. Apresenta-se, portanto, como um objetivo concreto a ser alcançado pelas normas tributárias.

Dessa forma, verifica-se que os tributos são, e sempre foram, expressão clara de poder e instrumentos de justiça ou injustiça social. Para definir, então, qual conceito de justiça se aproxima do disposto na Constituição Federal, em âmbito tributário, remete-se à definição aristotélica de justiça distributiva, a qual é exteriorizada na distribuição de bens materiais ou de qualquer coisa passível de divisão entre os integrantes do sistema político.

Esta ideia de justiça defende a igualdade não para todos, mas somente para os que são iguais entre si. Seguindo o mesmo raciocínio, justa também é a desigualdade, não para todos, mas para os que são desiguais entre si (BERTI, 1998, p. 56). A crise econômica em curso e a turbulência social, econômica e política que tem causado em todo o globo, a intensificação da desigualdade social e a necessidade de buscar medidas para superar a crise sem ferir os mais vulneráveis, a maioria das questões de tributação, principalmente no que diz respeito à justiça tributária, quem deve contribuir e quanto, tornaram-se vitais e são amplamente discutidos.

Em se tratando da aplicação da justiça distributiva aristotélica no sistema tributário nacional, deve-se analisar que, ao tributar, o Estado deve partir da premissa distributiva. Em outras palavras, tributar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Particularmente, as crescentes disparidades de renda e riqueza têm despertado interesse e críticas, e uma mudança no regime tributário, bem como uma maior carga tributária sobre os afortunados, são medidas possíveis em desfavor de tais disparidades. Argumentos para reduzir essas desigualdades também podem ser encontrados em seus efeitos negativos sobre a saúde e o bem-estar de toda a população (WILKINSON; PICKETT, 2010, p. 68).

Em Aristóteles, a justiça distributiva impõe às polis, ou seja, às cidades; um rigoroso dever de exigir, dos cidadãos, uma participação financeira equânime em benefício do bem comum (WILKINSON; PICKETT, 2010, p. 68). Torres (1995, p. 99) define justiça distributiva como aquela que "intervém na distribuição das honras, ou das riquezas, ou de outras vantagens que se repartem entre os membros da comunidade política, na medida da capacidade de cada contribuinte".

Na análise de Torres (1995, p. 99), a justiça distributiva aristotélica é a que funda toda concepção de uma tributação justa e rege o sistema tributário nacional. Aristóteles defende, ainda, que o critério do justo não é absoluto, pois varia em função de regime de governo de cada época (BERTI, 1998, p. 57).

Nesse sentido, retoma-se ao debate do modelo de Estado social, o qual possui, intrínseco em seu significado, o escopo de possibilitar igualdade de acesso a bens essenciais, como a educação, a saúde, entre outros (PIKETTY, 2014, p. 468). Dessa forma, as despesas públicas que envolvem educação e saúde fazem parte das funções inerentes ao Estado social, tendo característica de transferência na forma de serviços aos cidadãos.

Ora, se o escopo do Estado social é cumprir objetivos constitucionalmente determinados, deve-se retomar, também, a discussão da desigualdade, pois este fenômeno social está relacionado, de maneira direta, ao conceito de justiça tributária. Para confirmar tal liame, Piketty (2014, p. 468) explicita que "é necessário então estender os direitos fundamentais e as vantagens materiais ao máximo de pessoas possível, sobretudo se for do interesse daqueles que têm menos direitos e que enfrentam oportunidades de vida mais restritas".

Em consonância, Rawls esclarece que estamos em uma sociedade heterogênea, isto é, uma sociedade composta por indivíduos desiguais, do ponto de vista econômico, cultural e social (LOVETT, 2013, p. 42). Portanto, para adequar a justiça a uma realidade díspar, este autor cria o conceito de princípio da diferença.

Nas palavras de Fleischacker (2006, p. 64), a justiça distributiva moderna é conceituada como aquela que invoca o Estado, tendo-o como "garantidor de que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com certo nível mínimo de recursos materiais". Assim, o Estado deve intervir nos casos em que não há uma distribuição justa, a fim de corrigir as imperfeições do próprio mercado (FLEISCHACKER, 2006, p. 64).

É nesse sentido que, em tempos atuais, a definição de justiça distributiva deve ser feita atentando-se ao fato de que todo ser humano tem o direito a um mínimo existencial, tal como estabelecido em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU. Esse mínimo existencial atribui-se também à ordem econômica, fato que faz com o que o Estado deva intervir, por meio de uma justa tributação, para diminuir as desigualdades sociais existentes, visto que a tributação, como demonstrado, é o principal instrumento de redistribuição de riqueza (FLEISCHACKER, 2006, p. 64).

Para um maior entendimento da aplicação da justiça distributiva na tributação, recorre-se novamente a Rawls. Este autor elaborou a teoria da justiça como equidade (*justice as fairness*), publicada junto à *Theory of Justice*, a qual buscou questionar a possibilidade de fazer com que a sociedade democrática seja mais justa. Segundo Rawls (1997, p. 301), mesmo o segmento social mais marginalizado deve dispor de recursos para alcançar suas liberdades.

Lovett (2013, p. 43) concordando com postulado de Rawls entende que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais. Uma teoria, independentemente de ser elegante ou econômica, deve ser revisada caso não seja verdadeira. Igualmente, as normas jurídicas e as instituições, independentemente de serem ou não bem-organizadas, devem ser alvo de reformas se forem injustas.

A equidade citada por Rawls (1997, p. 43) vai além da clássica definição aristotélica de justiça distributiva, pois exige que o Estado não apenas cumpra o princípio distributivo de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, mas também atue no sentido de reduzir as desigualdades. É justamente por analisar o cenário de desigualdades sociais e tributação que,

conforme assinala Torres (1995, p. 90), "a obra de Rawls, a par da inspiração para a renovação dos estudos sobre a justiça, projetou enorme influência no campo da justiça fiscal".

Com efeito, o arranjo defendido por Rawls (1997) implica necessariamente um Estado que intervenha a fim de assegurar aos pobres e miseráveis um nível minimamente aceitável de vida, com os direitos fundamentais assegurados pela constituição. Isto porque é este segmento da população que tem seus direitos humanos mais violados já que padecem duplamente suportando a carga tributária direta e indireta, sem receber em serviços públicos de qualidade os recursos oriundos dos tributos.

Conforme assegura Lovett (2013, p. 44), Rawls determina a sociedade como um sistema de cooperação, "voltado à coordenação de atividades de um grande número de pessoas para o benefício mútuo delas". Para tanto, é necessário que haja um conjunto de princípios a fim de que se regule de qual maneira a maior parte dos indivíduos serão coordenados. Entre esses princípios, conforme Rawls, citado por Lovett (2013, p. 44), "o principal é o da justiça social, que, em uma vertente aristotélica, busca a igualdade entre iguais e a desigualdade entre os desiguais".

Conforme Rawls (1997), as instituições jurídicas têm a finalidade de concretizar a justiça distributiva. Caso tais instituições não sejam organizadas e alinhadas a princípios, como o da justiça, o resultado do processo distributivo não será justo, pela falta de equidade. É nesse sentido que o autor defende a justiça como a maior e principal virtude das instituições sociais.

Para perseguir o objetivo de constituir uma instituição justa, Rawls (1997, p. 303) determina que um estado democrático organizado deve constituir-se de, entre outros aspectos, "uma constituição justa". Justo, portanto, seria uma sociedade igualitária, construída sobre bases de medidas sociais básicas, oportunidades iguais e, em âmbito tributário, uma taxação progressiva dos mais ricos, remetendo-se à ideia aristotélica de justiça distributiva.

Dworkin, influenciado por Rawls, confirma tal dever estatal, ao indagar: "Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade" (RAWLS, 1997, p. 303).

Segundo Rawls (1997, p. 303), para atingir o escopo de uma justiça distributiva, o governo deve intervir na economia para corrigir possíveis desvios, a fim de garantir a eficiência econômica, denominado, pelo autor, como o setor da "alocação". Da mesma maneira, o governo também deve preocupar-se com o setor da "estabilização", o qual compreende os níveis de emprego e demanda, a fim de tornar eficiente a economia de mercado, conforme o autor acima.

Ao analisar a teoria defendida pelo autor acima, verifica-se que há, intrínseca em tal tese, o escopo da tributação progressiva. Assim, o princípio da justiça estaria satisfeito na medida em que os "desfavorecidos maximizassem suas expectativas" (RAWLS, 1997, p. 303). O setor da distribuição visa corrigir injustiças no que tange à distribuição de riqueza, a fim de desconcentrar a riqueza o poder, diminuindo a desigualdade social.

Assim, Rawls (1997, p. 303) cita impostos sobre a herança e doações, desde que seja aplicada a progressividade na tributação dos destinatários das doações, reafirmando o escopo progressista defendido por um Estado de Bem-Estar Social. O autor cita um aumento nas alíquotas da tributação de herança justamente pelas desigualdades econômicas e sociais que são preservadas pelo direito de herança.

Neste sistema, Rawls aponta como remédio a tributação de propriedade, a fim de que se realoque tais riquezas concentradas. Ainda no setor da distribuição, o autor assegura que a concretização da justiça fiscal se dá na medida em que o tributo tem o intuito de "arrecadar a receita que é exigida por tal justiça" (RAWLS, 1997, p. 303).

Dessa maneira, para cumprir a justiça fiscal, Rawls (1997) determina que um sistema tributário precisa se pautar na tributação sobre a renda, a fim de que antes pague imposto aquele que retira do que aquele que acrescenta. Dessa forma, a tributação progressiva deve ser usada para corrigir as exacerbadas concentrações de riquezas e evitar o contínuo aumento de herança para os ricos e miséria para os pobres.

Em outras palavras, Rawls (1997, p. 306) defende a adoção da tributação progressiva quando há acumulação excessiva de riqueza e de poder, em uma sociedade desigual, tal qual é a brasileira[1]. Rawls (1997, p. 307) defende um combate à desigualdade social, pois determina que, em sociedades extremamente desiguais, deve-se realocar a concentração de riqueza por meio da tributação progressiva de herança e de doações, bem como o uso da progressividade na tributação de renda de pessoas físicas.

Os impostos sobre herança são muito impopulares entre o público, todavia esta oposição pública é intrigante, pois esses impostos normalmente se aplicam a uma minoria de propriedades. Um maior apoio público aos impostos sobre heranças é importante para aumentar a conformidade pública com esses impostos, bem como para melhorar as chances de reforma política.

Por outro lado, as dívidas soberanas estão aumentando dado a crise financeira e representam um desafio significativo para a justiça intergeracional. Alguns críticos argumentam que os "ricos" deveriam simplesmente pagar a crise na forma de impostos muito mais altos, enquanto outros são mais modestos a esse respeito e alertam sobre as possíveis consequências negativas de impostos excessivos sobre a renda e a riqueza (PARIJS, 2000; HEMMING; KOCHHAR, 1990).

Tipke (2002, p. 54) respalda a discussão do problema da justiça fiscal, a qual "resume-se ao problema de distribuição de encargos fiscais, em uma sociedade de recursos escassos e interesses diversos e mesmo antagônicos". Nesse sentido, o Estado é um instrumento para realizar as considerações de justiça tributária, mas nunca é um terreno neutro para a competição das melhores ideias tributárias.

Estado e tributação estão estreitamente interligados, assim como a tributação, o alívio da pobreza e a justiça social. No entanto, muitas questões importantes para as considerações de justiça tributária estão localizadas nos níveis internacional, supranacional e global, a exemplo dos paraísos fiscais, da dificuldade de tributar adequadamente as corporações e o capital internacional, das questões de concorrência fiscal internacional e 'fatores de localização', da falta de transparência nos fluxos financeiros globais (legais e ilícitos).

As ideias de Rawls vão além de uma função apenas fiscal, ou arrecadatória, mas também abarcam uma função extrafiscal, ou seja, aquela que desconcentra a renda, a fim de realocá-la. Conforme Caliendo (2009, p. 405), para que haja uma análise lúcida do conceito de justiça fiscal, deve-se estudar as determinações filosóficas, como o de Aristóteles e Rawls, aqui apresentados,

[1] Conforme dados oficiais publicados pelo Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas, a desigualdade no Brasil aumentou pelo 17º trimestre consecutivo e alcançou seu maior nível em maio de 2019. O índice de Gini, que mede a renda do trabalho per capita, alcançou 0,627, o maior patamar da série histórica iniciada em 2012. Quanto mais perto de 1, maior é a desigualdade.

à luz da Constituição Federal, baseando-se nos princípios constitucionais que regem o sistema tributário nacional.

Em consonância com a definição aristotélica de justiça distributiva, aliada ao pensamento de equidade em Rawls, conclui-se que é necessário analisar o escopo constitucional de cada nação, para que o tributo se torne um instrumento de redistribuição de riqueza, e contribua no combate à desigualdade social. Em outras palavras, a escolha de uma base tributária específica não é totalmente instrumental, mas também possui algum valor moral intrínseco. Leonetti (2015, p. 235) defende que uma forma de assegurar os direitos humanos por meio da tributação seria permitindo que os gastos com medicamentos fossem integralmente deduzidos da base de cálculo do Imposto de Renda.

No caso do Brasil, conforme bem explicita Tipke (2002, p. 15): "justiça fiscal em sentido jurídico é a execução sistematicamente consequente da igualdade tributária e dos princípios, que concretizam o princípio da igualdade". Ainda, a Constituição Federal de 1988 reflete e fomenta a economia social de mercado e, neste trilhar, seu ponto de partida é a percepção de que o ser humano precisa ser o objetivo maior da ordem econômica e social, aqui considerado o poder/dever de tributar (CALIENDO, 2009, p. 406).

Ora, se a promoção da justiça e a redução de desigualdade social, objetivos estampados na Constituição, embora positivados, não são assegurados à população, é necessário analisar se os instrumentos dispostos na Constituição para alcançar tais promessas constitucionais estão sendo garantidos na elaboração das normas tributárias. Caliendo (2009), então, afirma que os problemas tributários encontrados no Brasil se relacionam muito mais a uma questão ética em se tratando de justiça fiscal e distribuição da carga tributária de forma equitativa. Conclui o autor que o sistema tributário funciona somente para elevar a carga tributária, promovendo a injustiça fiscal.

2 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, MÍNIMO EXISTENCIAL E JUSTIÇA FISCAL

A justiça fiscal ganha maior relevo a partir da formação do Estado Social no segundo pós-guerra. A seu turno, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, pilares dos direitos fundamentais, foram consolidados com o advento da Revolução Francesa. As dimensões de direitos podem ser extraídas de cada um dos ideais, sendo que: os direitos de 1ª dimensão são os civis e políticos; os de 2ª são os econômicos, sociais e culturais e os de 3ª dimensão referem-se à proteção da humanidade, a exemplo do direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente (CONEGLIAN; ULIANA JÚNIOR, 2018, p. 32).

Inicialmente, eram tidos como direitos fundamentais apenas os de primeira geração, que de certo modo exigiam determinada abstenção do Estado, que figuravam a linha de raciocínio burguesa, cenário que passou a ser alterado com a industrialização, já que se mostrou insuficiente na promoção da defesa da dignidade humana, de modo que o consagrado *laissez faire, laissez passer* tornou a exploração humana ainda maior e inviabilizou a resolução por vias do Estado liberal (SARMENTO, 2010. p. 15).

Deste modo, a igualdade garantida legalmente não conseguia equilibrar as diferenças individuais, já que esta garantia a igualdade desde que cada indivíduo buscasse sua subsistência por meio de meios próprios, o que ocasionou maior empobrecimento das massas proletárias em pleno século XIX (COMPARATO, 2019. p. 53). Os problemas que a industrialização trouxe ensejou a elaboração de doutrinas socialistas acompanhadas de movimentos sociais na defesa da

atuação estatal para realização da justiça social, já que a formalização legal da igualdade não garantia sua efetividade (SARLET, 2007. p. 56).

O Direito Tributário é um instrumento de justiça social. No Brasil, com o nascimento do Direito Tributário, a distribuição da justiça fiscal tomou destaque na governabilidade e ocasionou o surgimento de uma consciência de um novo direito fiscal: a capacidade contributiva. Capacidade contributiva significa a parcela de riqueza que determina o montante que cada indivíduo consegue suportar perante a imposição tributária, ou seja, em seu aspecto subjetivo é parâmetro de fixação para a tributação, "a idoneidade para suportar o ônus do tributo", e a possibilidade de opção dos signos presuntivos de riqueza, no aspecto objetivo (NOBRE JÚNIOR, 2001, p. 32).

O referido princípio significa a potencialidade do contribuinte no pagamento dos tributos, ou seja, abastecimento dos cofres públicos por meio da força econômica, por meio da qual evidencia-se a concepção do princípio da capacidade contributiva sob o viés positivo, já que instrumento de efetivação da justiça tributária que almeja exigir maior onerosidade àqueles que possam suportá-la. Ademais, busca-se a capacidade contributiva como uma verdadeira ordem constitucional ao Executivo e ao Legislativo que devem adotar as ações afirmativas em matéria tributária, valendo-se da dignidade da pessoa humana, igualdade e justiça social e distributiva.

Deste modo, especialmente devido à situação de quem contribui com o que não possui para com os encargos estatais, a significação que se demonstra desse princípio perpassa pela moralidade e ética no exercício de poder de tributar, bem como sua observância figura como dever dos responsáveis pela elaboração das políticas fiscais para imputar responsabilidade de sustento do Estado aos que têm essa condição presuntiva de riqueza e não aos que quase nada detêm (BECKER, 2004. p. 16).

O sistema tributário possui uma função ética, não devendo, portanto, cumprir apenas uma função fiscal de arrecadação estatal. Injusta é a tributação que obsta ou dificulta a consecução do bem comum. Por outro lado, a tributação considerada justa é a que respeita os ditames constitucionais inerentes à sociedade.

Em se tratando de ditames constitucionais, são elencados o da promoção da justiça e o da redução das desigualdades sociais (CF, art. 3º, I e III). Para o cumprimento destes compromissos, a própria Constituição elencou princípios constitucionais para a política fiscal.

Dessa maneira, para concretizar o valor jurídico de promoção da justiça, disposto constitucionalmente, há princípios constitucionais tributários. Entre tantos princípios tributários existentes, neste trabalho, serão abordados os que regem a justiça fiscal. Analisar-se-á, portanto, o princípio da isonomia, disposto no art. 150, inc. II, e o da capacidade contributiva, estampado no art. 145, § 1º, ambos da CRFB/1988.

Santos (2012) assegura que a isonomia, ou igualdade de todos na e perante a lei é um princípio de justiça universal. O autor confirma, ainda, que "um estudo profundo do assunto nos levará certamente à conclusão de que o isonômico é o justo" (SANTOS, 2012, p. 5).

Valadão e Filgueira (2020, p. 7942) determina que o princípio da capacidade de pagamento sustenta que aqueles que têm maior capacidade de pagar impostos – medidos por renda e riqueza – devem pagar mais coadunando, portanto, com o enunciado constitucional da igualdade. Para que haja, então, clareza quanto ao conceito de justiça fiscal adotado pela Constituição, deve-se analisar o princípio da capacidade contributiva.

Para tanto, considera-se o que ensina Caliendo (2009, p. 207): "o princípio da capacidade contributiva é o princípio de tributação mais importante na determinação da justiça fiscal e na

repartição de encargos fiscais". É por esta razão que, na esfera tributária, aproxima-se a tributação da justiça fiscal na medida em que as aplicações dos tributos são fiéis aos princípios tributários, especialmente ao princípio da capacidade contributiva, pois esse é responsável pela máxima concretização do valor jurídico de justiça.

No que se refere ao mínimo existencial, esse é um princípio que possui estreita relação com os direitos humanos e segundo Torres (2005, p. 186) consubstancia-se em uma espécie de "*imunidade fiscal*" dada aqueles que se situam aquém de um certo patamar de capacidade contributiva. À construção de um Estado Democrático, com harmonia entre a distribuição de renda e a dignidade da pessoa humana, impõe uma função essencial ao princípio da capacidade contributiva para que a justiça social e distributiva se consolide, por meio da efetiva implementação de políticas públicas e ações afirmativas, dever constitucional fundado nos fundamentos e objetivos da Constituição da República e no próprio princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF).

O que ocorre na versão atual do princípio é que os indivíduos que têm maior capacidade de pagar tributos acabam pagando menos tributos, proporcionalmente. Ademais, o montante arrecado não é convertido em benefícios sociais para os menos favorecidos financeiramente. É necessário vislumbrar que preocupações de redistribuição, financiamento de bens públicos e outras considerações de bem-estar e pobreza, incluindo justiça fiscal, são expressões de uma cidadania exclusiva.

O desenvolvimento do Estado não deve se pautar exclusivamente no econômico, no acúmulo de riquezas pelo Estado, mas especialmente pelo desenvolvimento social, na busca de redução das desigualdades e fomento do bem-estar (BARCELLOS, 2010, p. 133). É neste sentido que a adoção das ações afirmativas fiscais auxilia a distribuição da receita do Estado por meio da justiça fiscal, o que enseja a formação de uma sociedade igual em oportunidades e, consequentemente, melhor desenvolvimento humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou perceptível que o tributo deve ser constituído como um instrumento de redistribuição de riqueza, para combater a desigualdade social e não como um instrumento para enriquecer uma nação. Sua distribuição deve ser justa e, para que isso aconteça, todas as tentativas de conceituar a justiça tributária devem especificar quais regras de justiça devem ser aplicadas e quais bens de justiça devem ser visados.

No Brasil, o tributo, juntamente com a justiça fiscal, deve concretizar o princípio basilar da atual Constituição Federal, o princípio da igualdade. A matriz tributária desenhada na Constituição Federal de 1988 foi projetada para tornar a distribuição de renda e riqueza mais equitativa, mas em qual medida? A Constituição Federal de 1988 foi projetada para respeitar os resultados do mercado, bem como projetado para transferências dos economicamente afortunados para os menos afortunados. De qualquer, a tributação pode ser uma medida para alcançar outros objetivos de justiça também, como igualdade de oportunidades ou liberdades básicas.

Quanto aos benefícios fiscais e uso de a receita tributária alocada serem decisivos para a justiça social, um debate político, no qual os próprios contribuintes são atores é necessário para fundamentar a política tributária e dar-lhe uma legitimidade mais ampla que vá além da opinião de especialistas. Assim, o funcionamento de um sistema tributário depende, em certa medida, da cooperação dos contribuintes e de sua moral tributária e não pode se basear apenas no controle e no poder.

Surge, então, a necessidade de o Estado efetivar a função social do tributo, garantindo o disposto na Carta Magna e, em consequência, efetivando a justiça fiscal. Se a renda e a riqueza podem simplesmente mudar de um estado para outro e escapar da justiça, a justiça tributária precisa encontrar respostas que garanta a correta aplicação da função social no mundo concreto, por meio do fato gerador, há princípios tributários definidos constitucionalmente.

Além de limitarem o poder de tributar, tais princípios determinam quais valores sociais devem ser priorizados a fim de que se efetive a função estatal. Logo, a justiça fiscal possui embasamento na justiça distributiva, e encontra sua personificação no princípio da capacidade contributiva. Conclui-se, então, que a justiça fiscal é um valor social supremo, um objetivo constitucional e para que haja a efetivação dela, a Constituição dispõe de princípios constitucionais tributários.

Em virtude dos elevados índices de desigualdade, o financiamento figura como proporcional, o que significa imensa injustiça social, que só poderia ser sanada mediante sistema tributário realmente progressivo que contestasse a distribuição de renda desigual. Do mesmo modo, necessária reforma tributária que possua a sensibilidade de manejar corretamente a seguridade social conforme a economia, o bem-estar e um sistema tributário distributivo.

Responder de forma inteligente às demandas por um sistema tributário mais progressivo que promova a realização da justiça social enfrentará desafios práticos e políticos difíceis. Esses bons pontos de partida para a política tributária estão disponíveis se houver vontade política para sustentar sua introdução e implementação.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 133.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2004.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução de Dion David Macedo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e análise econômica do Direito**. 5. ed. São Paulo: Campus Jurídico, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONEGLIAN, Fabíola Roberti; ULIANA JÚNIOR, Laércio Cruz. **Direitos Fundamentais à Luz da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HEMMING, Richard; KOCHHAR, Kalpana. Políticas fiscais com vistas ao crescimento. **Finanças & Desenvolvimento**, v. 10, n. 4, p. 37-39, 1990. Disponível: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/fdesenvolvimento/article/download/64882/62778 Acessado em: 11 nov. 2022.

LEONETTI, Carlos Araújo. Os Direitos Humanos da Tributação – um Caso Concreto: o direito à dedução integral dos gastos com medicamentos da base de cálculo do imposto sobre a renda. Sequência, Florianópolis, n. 70, p. 235-252, jun., 2015. Disponível em: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p235 Acessado em: 10 nov. 2022.

LOVETT, Frank. **Uma teoria da justiça de John Rawls**. 2. ed. São Paulo. Penso, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Princípio constitucional da capacidade contributiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

PARIJS, Philippe Van. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI? **Estudos Avançados**, v. 14, p. 179-210, 2000. Disponível: https://doi.org/10.1590/S0103-40142000000300017 Acessado em: 11 nov. 2022.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

SANTOS, Dartagnan Ferrer dos. A Configuração da Igualdade pela Proteção ao Empregado: Reconhecendo Diferenças em Busca da Justiça. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS**, v. 7, n. 1, 2012. Disponível: https://doi.org/10.22456/2317-8558.34644 Acessado em: 10 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TIPKE, Klaus. **Justiça Fiscal e o Princípio da Capacidade Contributiva**. 3. ed. São Paulo. Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobos. **O orçamento na Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; FILGUEIRA, Edson Franklin Barbosa. O princípio do não confisco e seus critérios delimitadores. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 24, n. 53, p. 7942, 2020. Disponível: https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/7942 Acessado em: 10 nov. 2022.

WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. **The spirit level:** Why equality is better for everyone. Penguin UK, 2010. Disponível: https://cutt.ly/PMsqXIE Acessado em: 1 nov. 2022.

A ADOÇÃO NO DIREITO PRIVADO GRECO-ROMANO

Tiago Seixas Themudo
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.
tiago.themudo@uni7.edu.br

Maria Vital da Rocha
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.
mavital@secrel.com.br

Jaks Douglas Uchoa Damasceno
Faculdade Vidal de Limoeiro do Norte (Favili), Ceará.
jdouglasuchoad@gmail.com

Resumo: O objetivo deste artigo é investigar as especificidades da adoção do direito civil grego, analisando a experiência de Atenas, e romana, sobretudo a partir do código Justiniano, significativamente influentes na organização do direito privado moderno. Para tanto, foram analisadas referências da historiografia jurídica greco-romana, bem como as obras da escola francesa de história do direito privado grego e romano. Para o estabelecimento das relações entre os fatos jurídicos e o contexto social, político e econômico, foram seguidos os preceitos metodológicos da historiografia contemporânea. Contribui-se, desta maneira, à reflexão histórica sobre o direito privado no ocidente, incrementando o capital intelectual do campo jurídico brasileiro e, consequentemente, nossa criatividade institucional, indispensável em tempos de transformações rápidas e profundas.
Palavras-chave: Adoção; Direito antigo; Direito privado; Família.

The adoption in greco-roman private law

Abstract: The purpose of this article is to analyze the specificities of the adoption of Greek civil law, analyzing the experience of Athens, and Roman, especially from the Justinian code, significantly influential in the organization of modern private law. To this end, references were made to Greek-Roman legal historiography, as well as the works of the French school of history of private Greek and Roman law. For the establishment of the relations between legal facts and the social, political and economic context, the methodological precepts of contemporary historiography were followed. It contributes in this way to the historical reflection on private law in the West, increasing the intellectual capital of the Brazilian legal field and, consequently, our institutional creativity, indispensable in times of rapid and profound transformation.
Keywords: Adoption; Ancient law; Family; Private right.

INTRODUÇÃO

A família é um dos principais institutos jurídicos estudados em todo o mundo e, na maioria dos países, atuais e antigo, buscavam-se meios de manter viva esta instituição, que é base de toda a sociedade. Há de se ressaltar que a família é uma das instituições que mais vem sendo modificada ao longo do tempo e tem sempre figurado como objeto de estudo pela ciência jurídica.

Nas mais diversas sociedades, um dos meios para se evitar a extinção de uma família era garantir que, para aqueles que não pudessem ter filho natural e para aqueles que morressem prematuramente um, meio de garantir a inserção de um filho varão no contexto doméstico, com o objetivo de dar continuidade à família e as obrigações a ela inerentes. Esta situação foi solucionada a partir da criação do instituto da adoção.

Segundo Severino Augusto dos Santos "o instituto da adoção é encontrado no Código de Hamurabi, nas Leis de Manu, da Índia, e num dos livros do Pentateuco, o Êxodo, quando se refere a Moisés, adotado pela filha do faraó"[1]. Conforme Guilherme de Sousa Nucci[2], a Bíblia faz claras referências à adoção na sociedade hebraica, definindo seus propósitos e procedimentos. O próprio Moisés, após ser salvo das águas do rio Nilo, fora adotado pela filha do Faraó, Térmulus. Ester, esposa do rei Xerxes, da Pérsia, era filha adotiva de Mardoqueu, e Sara, esposa de Abrãao, adotara seus filhos de sua serva Agar.

A doção era também bastante difundida entre babilônios e assírios, com o objetivo de remediar a ausência de descendência natural, podendo também ser praticada por pessoas que já possuíam filhos. O contrato de adoção se dava entre pai ou mãe adotivos, ou ambos, e aquele que possui autoridade sobre a criança (seu pai ou seu mestre, caso se trate de um escravo); ou com o próprio adotado, caso este não possua mais família. A elaboração do contrato se justifica haja vista o desaparecimento das fórmulas sacramentais. A consequência era a produção de uma família legítima em que o adotado adquire os mesmos direitos sucessórios, rompendo integralmente e juridicamente com sua família originária. Para que se evitassem as consequências de um abandono por parte da nova família, o parágrafo 191 do Código de Hamurabi garantia 1/3 da herança a qual teria direito na família adotiva. A adoção não podia ser contestada pelos pais biológicos do adotado, exceto em casos de sequestro ou se o adotante não o tratar como um verdadeiro filho[3].

No Egito, a adoção também era possível, e acontecia através da venda do adotado, e de seus descendentes, ao adotante. A transmissão de patrimônio a um herdeiro que não fosse filho legítimo exigia a adoção. E se um homem quisesse transmitir sua herança à sua esposa, era obrigado a adotá-la[4].

Como se observa, a adoção era praticada em muitas sociedades antigas, embora nossa herança jurídica a esse respeito tenha vindo, sobretudo, dos direitos grego e romano e tinha por finalidade principal a continuação da existência da família e do nome familiar, assim como a manutenção do patrimônio na família, posto que, na ausência de descendência masculina, os bens adquiridos seriam perdidos em favor do ente público.

No primeiro tópico, será analisada a prática da adoção na Grécia Antiga, fenômeno que desempenhava um papel central na estrutura social, jurídica e familiar das *pólis* gregas. A adoção, ou *eispoiêsis*, era uma solução encontrada por famílias sem filhos para garantir a continuidade do *oikos* (a casa ou linhagem familiar) e preservar o patrimônio. Diferente das noções modernas, a adoção grega estava profundamente entrelaçada com a transmissão de herança e a manutenção do culto familiar aos ancestrais, fatores fundamentais na vida pública e privada dos cidadãos gregos.

O capítulo investiga o contexto legal da adoção, considerando como ela era regulada pelas leis das diferentes cidades-estado, em especial Atenas, onde temos as fontes mais detalhadas.

[1] SANTOS, Severino Augusto Dos. **Direito romano**: uma introdução ao direito civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 197.
[2] NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[3] GAUDEMET, Jean. **Institutions de l´antiquité.** Paris: Sirey, 1982.
[4] CHEHATA, C. **Le testament dans l´Egypte pharaonique.** Paris: RHD, 1954.

Além disso, discutiremos as motivações e implicações sociais da prática, como a necessidade de um herdeiro masculino para a transmissão de bens e a perpetuação do nome da família. Serão abordadas também as diferenças entre a adoção na infância e na vida adulta, ressaltando o caráter estratégico da adoção adulta, muitas vezes realizada para consolidar alianças políticas e econômicas.

Outro aspecto relevante a ser analisado diz respeito aos direitos e deveres tanto do adotado quanto do adotante. O tópico examina como a adoção alterava a condição legal e social do adotado, que passava a ter o direito de herdar, assumindo a responsabilidade no culto aos deuses familiares. Ademais, trataremos de como as mulheres, embora geralmente excluídas do processo de adoção formal, tinham um papel indireto nas dinâmicas familiares que envolviam a perpetuação do *oikos*.

Este tópico, portanto, oferece uma visão abrangente da adoção como uma instituição que, longe de ser uma questão meramente privada, tinha profundas implicações na organização social, nas tradições religiosas e no direito da Grécia Antiga.

O segundo tópico deste artigo analisará a base legal da adoção romana, inserida dentro do *ius civile*, o direito civil romano, e como ela se conectava com o conceito central de *patria potestas* – o poder do chefe da família sobre os membros da sua casa. Exploraremos as duas formas principais de adoção: a *adoptio*, que ocorria entre pessoas sob a autoridade de um *paterfamilias*, e a *adrogatio*, na qual um homem livre e independente era adotado, junto com sua família e patrimônio, por outro *paterfamilias*. Essas formas jurídicas eram mais que simples arranjos familiares, pois estavam intimamente ligadas à transmissão de herança e status social.

A metodologia utilizada na elaboração dos capítulos sobre a adoção na Grécia Antiga e na Roma Antiga segue uma abordagem interdisciplinar, combinando análise jurídica, histórica e sociocultural para proporcionar uma compreensão abrangente do tema. OU seja, realizou-se uma revisão extensa da literatura acadêmica sobre a adoção nas sociedades grega e romana.

1 A ADOÇÃO NA GRÉCIA CLÁSSICA

Primeiramente é importante destacar que embora, para muitos, o direito grego não tenha importância para o desenvolvimento do direito privado, tal afirmação não corresponde à realidade histórica. É certo que o direito grego não conheceu o mesmo nível de desenvolvimento do direito romano, posto que este foi fruto de aproximadamente 600 anos de elaboração, enquanto o direito ático se desenvolveu num período mais curto, de aproximadamente 300 anos[5]. Apesar do pouco desenvolvimento, visto sob esta ótica, o direito grego serviu de exemplo, sobretudo para o direito romano.

Na Grécia, a adoção era utilizada, em especial, para evitar o perecimento das famílias, especialmente aquelas que tinham atingido um nível de grande reconhecimento popular e onde alguns dos familiares eram vistos como pessoas importantes ou heróis. Havia, assim, uma clara semelhança entre a adoção grega e a adoção romana, especialmente com a preocupação com o culto doméstico e com a manutenção do nome da família, assim como na preservação do patrimônio.

[5] MELO, Alisson José Maia; TEMUDO, Tiago Seixas. A poligamia no direito privado ateniense e as relações paralelas no direito civil brasileiro no século XXI: aproximações jurídicas. **Revista Argumentum**, v. 18, n. 3. Marília-SP, 2017 (set-dez).

Desta forma, se percebeu que um dos meios de evitar o fim de uma família por falta de descendência masculina, e, consequentemente, do culto doméstico era a integração de um estrangeiro ao núcleo familiar. "Nada era mais terrível para um grego dos tempos antigos do que a destruição da família, a solidão da casa através da qual morto perdia suas honras religiosas, os deuses da raça, seus sacrifícios, o lar, sua chama, os ancestrais perdem seu nome entre os vivos" [6]. A adoção assentava-se, portanto, sobre um profundo sentimento religioso, na medida em que era a religião que produzia o profundo sentimento de solidariedade que liga as gerações entre si.

Atenas era a cidade da Grécia em que o caráter religioso da adoção era mais acentuado. Em um de seus discursos, Iseu afirma que Ménacles lamentava o fato de morrer sem deixar herdeiro, e que procurava por alguém que cuidasse dele em sua velhice e que, depois de sua morte, o enterrasse e, em seguida, realizasse as cerimonias do culto fúnebre. A continuação do discurso mostra que se a adoção não fosse legalmente reconhecida, Ménacles morreria sem deixar filhos, e ninguém realizaria os sacrifícios em sua honra, ninguém ofereceria as refeições fúnebres, ninguém perpetuaria os cultos religiosos da família[7]. Platão, assim como outros oradores gregos como Demóstenes e Isócrates, ecoa o sentimento popular sobre o caráter religioso da adoção ao afirmar que cada homem, ao morrer deve deixar para Deus crianças que possam servi-lo e adorá-lo[8].

Há também um aspecto político na adoção grega, por vezes misturado ao aspecto religioso, por vezes dele distinto. O desaparecimento de uma família, unidade social fundamental para o funcionamento da *polis*, implicaria também no desaparecimento de um culto doméstico, o que implicaria na interrupção das oferendas e homenagens a um dos ancestrais fundadores, em troca, daria proteção à cidade. A extinção da família implicaria, portanto, em uma proteção a menos. De uma perspectiva mais prática, cabe ressaltar que às famílias, sobretudo as mais abastadas, cabia a gestão de vários serviços públicos. Grandes fortunas arcavam, no contexto da República, com grandes obrigações. O desaparecimento de uma família poderia implicar na transferência de seus bens para outra família que, através de manobras jurídicas, poderia tentar tornar o novo patrimônio "invisível", ou seja, mobilizar uma parte da fortuna para deixar de contribuir com os custos da cidade. "Numa cidade que aparece, sobretudo, como uma associação de famílias, o desaparecimento de uma família alterava necessariamente a organização social"[9].

No esforço de evitar tais prejuízos, a lei ateniense encarregava o arconte epónimo do cuidado das casas que ficaram desertas e devia, na ausência de herdeiros diretos ou adotados, providenciar uma adoção póstuma que garantisse a continuação da família do morto, do culto doméstico e das obrigações para com a *polis*[10].

A adoção no direito privado grego envolve ainda um aspecto pecuniário. Na medida em que não era legalmente possível constituir herdeiros que não fossem parentes legítimos, a transmissão de patrimônio, na ausência de filhos naturais, só poderá acontecer através da adoção. Não por acaso, a terminologia jurídica usada em matéria de adoção se assemelhava tanto àquela usada nos testamentos[11]. A adoção, como prática que permitia a integração de membros não naturais à unidade familiar, tinha como propósitos dar continuidade religiosa, tributária e patrimonial à

[6] ARNAOUTOGLU. **Leis da Grécia antiga.** São Paulo: Odysseus, 2003, p. 68.
[7] ISEU. **Les plaidoyers de Isée**. Paris: Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Jornal du Palais, 1898.
[8] PLATÃO. **As leis**. São Paulo: Edipro, 2010.
[9] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897, p. 4.
[10] DEMÓSTENES. **Les plaidoyers civils.** Paris: E. Plon Editeurs, 1875.
[11] PERROT, George. **L´éloquence politique e judiciaire à Athènes.** Paris: Librairie Hachette, 1873.

família e à *polis* gregas[12]. Por essa razão, encontramos referências claras à adoção em todas as fases do direto grego, e até mesmo antes da invenção do direito. Teseu seria o filho adotivo de Egeu, que era, por sua vez, filho adotivo de Pandião. Ou seja, certamente a adoção era praticada em Atenas antes da legislação de Sólon. Prova disso é a lei, citada por vários oradores, que afirma só ser legal a adoção realizada por alguém que não fora ele mesmo adotado "antes da época em que Sólon virou arconte"[13].

Com estes objetivos, o legislador grego passou a aceitar três possíveis tipos de adoção: a adoção inter vivos, a adoção testamentária e a adoção póstuma, esta última bastante controvertida, haja visto que podia ser utilizada como meio para retirar direitos dos descendentes legítimos, por meio de uma falsa adoção[14].

A adoção mais comumente usada pelos gregos, especialmente pelo respaldo que havia perante a população em geral, era a adoção entre vivos. Segundo Beauchet[15] este tipo de adoção se dá em três etapas. A primeira delas é a manifestação da vontade do adotante. Sem uma vontade expressa do adotante e de uma aceitação, mesmo que tácita, por parte do adotado, não se configura a adoção. O segundo deles diz respeito a introdução do adotado no culto familiar, posto que será de responsabilidade dele a manutenção da religião familiar após o perecimento do pai, a quem deverá substituir, pois o culto doméstico é dirigido pelos homens, mais ainda, pelo chefe da família. O terceiro ponto era a intervenção da associação política imediata, que seria a validação da adoção pela fratria.

Para que se entenda, todos os gregos, ou melhor, os que gozavam de direitos irrestritos (homens) eram ligados a uma fratria, que intervia de maneira direta no instituto da adoção, uma vez que tinha que concordar com a mudança de família para que esta viesse a ter valor legal de gerar obrigações para todos os envolvidos. Fazendo uma análise sobre a apresentação do adotado na fratria, Coulanges[16] afirma:

> O jovem ateniense era apresentando à fratria por seu pai, que jurava ser ele seu filho. A admissão era um culto religioso. A fratria imolava a vítima e fazia assar a sua carne sobre o altar, na presença de todos os seus membros. Se recusassem o recém-nascido, como era seu direito se duvidassem da legitimidade de seu nascimento, deviam tirar a carne do altar.

Cumpre ressaltar que a vítima citada por Coulanges era aquela que era imolada no momento de celebrar a chegada do novo membro da família. Se os membros da fratria não aceitassem a adoção, não deixavam a carne ser colocada na mesa de oração. Era o sinal de que o instituto não fora aceito pelo grupo.

De certo modo, tal culto era repetido para a recepção do filho adotivo após a regularização da adoção e antes de sua inscrição nos registros públicos das cidades gregas. Somente após a aceitação da fratria é que se podia dizer que adoção estava consumada. Todas estas situações

[12] MELO, Alisson José Maia; TEMUDO, Tiago Seixas. A poligamia no direito privado ateniense e as relações paralelas no direito civil brasileiro no século XXI: aproximações jurídicas. **Revista Argumentum**, v. 18, n. 3. Marília-SP, 2017 (set-dez).

[13] DEMÓSTENES. **Les plaidoyers civils.** Paris: E. Plon Editeurs, 1875.

[14] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897.

[15] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897, p. 10.

[16] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.

precisavam estar ligadas e bem circunstanciadas, a fim de evitar a nulidade da adoção, inclusive com a inscrição nos registros legais, a mudança do nome e outras singularidades registrais[17].

Uma segunda modalidade de adoção era a testamentária, onde o testador manifestava o seu interesse em adotar uma determinada pessoa em disposição de última vontade. Era mais simples que a adoção inter vivos, pois as formalidades exigidas eram bem menores. Contudo, não dava a certeza do resultado, como ocorria na adoção inter vivos, posto que a vontade do adotado também tinha que ser coincidente com a vontade do adotante-testador e isto podia não acontecer, o que faria com que a adoção não se concretizasse. Uma vez aceita pelo adotado a disposição de última vontade do adotante, este assumia a lugar daquele no culto doméstico e era feita a inscrição de registro da adoção, a fim de que gozasse de respaldo legal e gerasse os efeitos civis esperados. Segundo Beauchet[18], a adoção testamentária era utilizada em quase todas as cidades estados da Grécia.

Por fim, havia a adoção póstuma, que era a mais combatida e discutida de todas as formas de adoção utilizadas em solo grego. Era a obrigação estabelecida de que o parente mais próximo do falecido, que não deixasse filhos e não fizesse disposição de última vontade, desse seu filho em adoção, a fim de evitar o perecimento da família daquele que morrera sem deixar qualquer pessoa que assumisse seu lugar na religião doméstica e nas obrigações para com a comunidade em geral. Alguns legisladores não aceitavam a adoção póstuma pois entendiam que esta era um meio de burlar as leis estabelecidas e dar direitos sobre o patrimônio do falecido a alguém que jamais seria chamado a exercer tal múnus[19].

Antes de ser feito o registro, como também ocorria nas demais formas de adoção, deveria ser confirmada por um tribunal, que analisaria a legalidade da disposição dos bens em favor do adotado e se não haveria prejuízo aos filhos legítimos do falecido, que não poderiam ser prejudicados nesta situação. Uma vez feita esta análise e confirmada a adoção póstuma, era levada ao registro das pessoas e confirmada, consequentemente, a adoção. Neste caso, havia uma participação mais ativa do poder público local, a fim de evitar que os parentes recalcitrantes ou descuidados de assumir sua responsabilidade e deixar toda a obrigação para o erário.

Após a adoção, era modificada toda a realidade civil da família do adotado, que passava a assumir nome e família do adotante. Deixava, pois, de pertencer à sua família de nascimento e passava ao contexto da família adotante, em todos os sentidos. Resta destacar que o adotado podia, futuramente, desejar voltar à sua família natural, perdendo a adoção todos os seus efeitos jurídicos. Podia acontecer, após a morte do adotante, que o adotado fizesse a opção de retornar ao seio de sua família originária. Isto era plenamente possível, posto que a adoção não era irretratável.

1.1 Características dos adotantes

Desde a sua fundamentação original, seja em Roma, na Grécia, na Índia, ou qualquer país da antiguidade que tivesse dado o direito da população de praticar a adoção, passou-se a determinar regras mínimas para que este instituto não fosse usado de forma a prejudicar direitos de

[17] CAILLERMER, E. **Le droit des succession légitime à Athènes.** Paris: Ernest Thorin, 1879.
[18] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897, p. 19-20.

[19] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897.

outros ou determinar a anulação do instituto por conta de alguma irregularidade na condução do procedimento ou na própria realização do ato, como os legisladores vislumbravam com maior nitidez na adoção póstuma.

Os requisitos exigidos para o adotante, em qualquer das três modalidades aceitas na Grécia, eram semelhantes aos solicitados dos testadores, quando do fazimento de seus testamentos, posto que se não cumpridas as exigências, a adoção poderia ter seus efeitos questionados.

O primeiro requisito e, quem sabe o que garantia de forma mais incontestável a adoção, era o fato do adotante não possuir filho. O filho varão era o perpetuador do culto familiar e, sem a existência dele, a família estava fadada a extinção. Para se evitar a extinção da família, a adoção foi instituída e difundida em todo o solo grego e em muitos países da antiguidade.

A existência de um filho legítimo que pudesse assumir a função do pai na religião doméstica era um impeditivo para a aceitação da adoção pela sociedade em geral e vedada pela legislação. Embora houvesse a possibilidade do filho se desligar da família originária, quando era adotado por outra família, perdendo todo e qualquer vínculo com a família natural, assim como no caso de abdicação do poder parental. Tais situações eram pouco vistas na realidade prática, posto que o vínculo familiar foi sempre muito forte entre os gregos[20].

Uma questão delicada que aqui se põe era a existência de filhos ilegítimos, aqueles tidos fora do casamento e que, segundo alguns relatos, tanto de Beauchet como de Coulanges, eram aceitos na Grécia na condição de adotados, mesmo com a existência de filhos legítimos, sendo resguardado a todos o direito na divisão do patrimônio familiar. Vale ressaltar que a filha não assumia o posto do pai na condução das obrigações familiares cultuais, cabendo a direção deste apenas aos filhos do sexo masculino, razão pela qual mesmo quando existissem filhas legítimas, não havia impedimento legal para a adoção de um menino/homem, que assumisse esta função.

Contudo, na Grécia, era permitida a adoção de mulheres, prevendo que esta viesse a ter filho, que seria posteriormente dado em adoção ao pai e assumiria o culto familiar. Tal situação era impossível no Direito Romano. O legislador grego inovou a partir da aceitação da adoção presente para a obtenção de um resultado futuro, posto que a mulher adotada, assim que tivesse um filho varão, daria este filho em adoção ao seu adotante, como forma de retribuição por ter assumido os seus cuidados assim como o pagamento do dote para o casamento[21]. Resta ainda esclarecer que a entrega do filho varão ao adotante só ocorria após o casamento da adotada, pois gerado fora do casamento, este filho não poderia ser adotado, haja vista a rejeição da adoção de filhos adulterinos.

Uma segunda característica estabelecida pelos gregos para a adoção era a idade. Só podiam adotar pessoas maiores de dezoito anos. Mas não havia uma exigência de diferença de idade entre adotante e adotado, o que se pode perceber no trecho de Beauchet[22] onde afirma que na lei ateniense, ao contrário da romana que exigia um mínimo de 14 anos de diferença entre adotante e adotando, a fim de retratar uma família natural, este fato não era juridicamente relevante. Ou seja, o direito grego não exigia, como condição de uma adoção legítima, a reconst8tuicão da família natural, como ocorria no direito romano.

[20] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897.
[21] GERNET, Louis. **Droit et institutions em Grèce antique.** Paris: Flammarion, 1982.
[22] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897, p. 38.

Em Roma, prevalecia a ideia de que a adoção deveria ser exercida de modo a que ficasse tão próxima ao natural, que em se tratando de pessoas distantes, não tivessem meios de saber se aquele filho era originário daquela família, ou se fruto de uma adoção.

Uma terceira característica é que o adotante devia ter a mente sã e ter plena liberdade. Por esta afirmação feita por Beauchet[23], se percebe que apenas os gregos legítimos podiam adotar, posto que os não gregos sofriam de algumas restrições legais. Em Roma, a deficiência física era um impedimento legal para adotar, mas tal medida não se aplicava na Grécia. Assim era que a deficiência física não era um fator impeditivo para se buscar a adoção; o impedimento somente ocorria quando havia deficiência mental.

Uma quarta característica é que o adotante não sofresse de alguma incapacidade contida no texto das leis, pois se acometido desta, era impedido de adotar. Um exemplo simples para entender tal regra era no caso dos estrangeiros. Por mais que inseridos no contexto social grego, não gozavam de direitos plenos nas Cidades-estados e, por esta razão, eram impedidos de adotar[24].

1.2 Características dos adotandos

Da mesma maneira como somente quem podia adotar seria o cidadão grego, apenas podia ser adotado um cidadão grego. Era indispensável, pois, o gozo dos direitos civis, que estivessem previstos. Qualquer um que tivesse limitações em seus direitos não podia ser adotado.

Mas existe a exceção específica da mulher, que podia ser adotada. Tal adoção tinha por objetivo futuro que esta mulher adotada tivesse filho e este fosse dado em adoção ao adotante, passando o filho varão a assumir a titularidade da família e o culto doméstico, em momento ainda mais futuro, quando o pai viesse a falecer. Somente sob esta circunstância uma mulher poderia ser adotada[25].

Como representante da família, o pai também podia adotar um neto, filho de alguma filha, que jamais poderia assumir a responsabilidade da família. Em Roma, esta adoção era chamada de adoção plena, onde alguém da própria família era adotado, com o objetivo de que o culto doméstico ficasse em família, sem a entrada de pessoas estranhas ao clã originário. Na Grécia, esta adoção também era utilizada.

Podia ser objeto de adoção tanto pessoas adultas, como crianças, de qualquer idade. E como não havia uma obrigatoriedade de diferença de idade entre adotante e adotado, pode-se pensar que o adotado pode, inclusive, ser mais velho que o adotante, sem qualquer restrição ou possibilidade de anulação do instituto.

No caso de adoção de um maior de idade, este tem que manifestar seu interesse em ser adotado. Caso a adoção seja de um menor, esta manifestação deve ser dada por seu responsável legal, embora isto possa parecer difícil, posto que os vínculos familiares gregos eram muito fortes, daí porque se entende que a maioria das adoções recaíam sobre pessoas da mesma família e, por consequência, traria alguma vantagem financeira para a família do adotado, possibilidade que não estava de todo afastada, uma vez que não havia anulação de adoção onde havia uma

[23] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897, p. 38.
[24] GERNET, Louis. **Droit et institutions em Grèce antique.** Paris: Flammarion, 1982.
[25] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897.

repercussão financeira favorável à família de quem cedia um filho para adoção. Pelo que se observa dos trechos de textos gregos que chegaram aos dias atuais, a adoção tanto podia recair sobre crianças como sobre adultos, pois não havia uma regra legal estabelecida para tal situação.

Para os gregos, a principal preocupação era não haver o perecimento do culto doméstico e o abandono dos ancestrais, que deviam ser alimentados e cuidados por quem quer que substituísse o pai nesta função, ou seja, evitar a quebra na continuidade da família[26]. Como a condução deste culto só cabia aos homens, sendo a participação das mulheres apenas complementar, cabia ao filho legítimo, ou ao adotado, caso já tivesse ocorrido o falecimento do pai, assumir imediatamente o culto familiar. Para os infantes, tal situação se tornava quase impossível. Mesmo assim, estes eram adotados, especialmente quando não havia um risco iminente em relação à vida de quem adotava.

Via de regra, a adoção recaía sobre pessoas do sexo masculino, como já citado, para levar a descendência à diante e para manter vivo o culto doméstico. Contudo, Beauchet[27] afirma que não havia vedação legal na adoção de pessoa do sexo feminino, sendo esta com objetivo de, com a prole futura, haver a adoção do filho varão. Este tipo de adoção era utilizado por aqueles que esperavam certa longevidade ou para aqueles que se acercassem dos cuidados necessários para que a adoção póstuma fosse praticada e, assim garantisse a perpetuação da família, nos moldes legais gregos.

2 A ADOÇÃO EM ROMA

Desde que o homem começou a se organizar em grupo e passou a viver de forma societária, a família passou a ser um local de grande importância, pois era nela que as pessoas tinham suas primeiras claras a ser seguidas, bem como era nela que havia a renovação das pessoas, seja pelos seus descendentes ou pelos que lhe sucederiam, após a morte. Segundo Fustel de Coulanges[28]:

> A necessidade de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. Essa religião, que obrigava o homem a se casar, que facultava o divórcio em caso de esterilidade, substituindo o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura, oferece como último recurso à família, um meio de escapar à desgraça tão temida de sua extinção; esse recurso consistia no direito de adotar um filho.

A adoção visava a preservação da família através da incorporação de filhos não naturais, com o objetivo de manter viva a descendência. E, desta forma, manter o culto doméstico. Neste sentido, deve-se dizer que as mulheres e os filhos que não tivessem capacidade suficiente para a realização do culto, não serviriam para tal função, e razão existiria, portanto, para a adoção.

Na disposição estabelecida pelo direito romano, a *doptio* ou *datio in adoptionem* era o ato jurídico onde uma pessoa alheia à família era recebido como filho numa família que não era a sua de origem. Este fato ocorria a partir da impossibilidade de nascimento natural de um filho do sexo masculino, uma vez que o nascimento de filhas não atendia o objetivo do casamento. Tal fato ocorria, em virtude da filha não poder dar sequência ao culto doméstico, já que no dia

[26] GLOTZ, Gustave. **La cité grecque.** Paris: Albin Michel, 2014.
[27] BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne.** vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897, p. 44.
[28] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

em que esta filha casasse, teria que renunciar à família e ao culto de seu pai, passando a aceitar à família e à religião do marido[29].

A adoção, via de regra, não implicava crianças recém-nascidas, como é comum nos dias atuais. Poderia envolver qualquer pessoa, normalmente um *sui iuris* de outra família, especialmente quando tivesse certeza de que jamais chegaria a ser o *pater*, inclusive podendo recair sobre uma família inteira, como é o caso da *adrogatio*.

Seja através da *adoptio* ou da *adrogatio*, cuja explicação será feita em tópico específico, uma das características que o adotante tinha que demonstrar para a utilização de tal instituto era de que não tinha filhos, especialmente varão, e que durante toda a sua vida buscou meios de o ter, pelas vias naturais de perpetuação da família, embora tal busca tenha restado frustrada, o que permitia que buscasse a filiação pela adoção.

Ressalte-se, pois, que a base da família não está necessariamente no afeto, no sentimento, nos laços de carinho. O princípio da família não está necessariamente no afeto natural. Tanto no direito grego como no direito romano, os sentimentos não têm relevância para serem observados. Não é que não possa existir no fundo dos corações algum sentimento, algum vínculo fora do mundo jurídico, mas, para o direito, nada vale, a ponto do pai pode amar a filha, mas não lhe poder legar bens. Para Coulanges, "as leis que tratam do direito sucessório, as leis que mais fielmente testemunham as ideias formadas pelos homens acerca da família, essas estão em contradição flagrante, tanto com a ordem do nascimento como com o afeto natural"[30].

O código Justiniano distinguia dois tipos de *adoptio*. A plena, onde o adotante era ascendente do adotando, ou seja, o adotando era da mesma família do adotante e a menos plena, que se realizava sob pessoa estranha a família natural, não podendo haver nenhum vínculo de parentesco entre os personagens do instituto utilizado[31].

Há de se destacar que na adoção romana não havia qualquer vestígio de preocupação com a afetividade ou com questões de cunho social ou protecionista. O que existia era uma preocupação com o nome da família, que não podia se perder, com a manutenção da religião familiar, praticada em todos os lares e que precisava ser mantida viva, para a própria manutenção da família e para evitar a perda do patrimônio em favor do ente público[32]. Percebe-se, pois, que as questões familiares, como hoje se vê, não tinham qualquer influência sobre a adoção.

Observa-se, ainda, através do instituto da adoção aplicado em Roma, que não havia uma preocupação com a pessoa do adotando. Todos as regras e características estavam voltadas para o adotante, posto que era em função deste, da manutenção da família deste e do culto familiar deste que a adoção ocorria, bem como da aceitação desta por parte da família do adotando.

Para tanto, havia além do procedimento legal, feito perante o povo, também existia a realização de cerimônia particular, da família. Assim sendo, a adoção era concretizada no contexto familiar através de uma cerimônia sagrada, que se assemelhava com aquela realizada por ocasião do nascimento do filho. Por meio dela, o adotado era recebido e admitido no lar e, imediatamente, agregado à religião doméstica. Tudo o que fazia parte dela, Deuses, objetos sagrados,

[29] SANTOS, Severino Augusto Dos. **Direito romano**: uma introdução ao direito civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
[30] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54.
[31] GUTIÉRREZ, Ricardo Panero. **Derecho romano**. 2. Ed. Valencia-Esp, Tirant to blanch, 2000.
[32] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ritos, orações, passavam a pertencer ao novo membro em comum com o pai adotivo, pois através dele os rituais seriam celebrados futuramente.[33].

Com o passar do tempo e o aperfeiçoamento do instituto da adoção entre os romanos, ela passou a ter outros ritos e procedimentos, até como um meio de evitar problemas para as partes envolvidas.

> No direito Justiniano, o processo de adoção se simplificou: o pater famílias, o adotante e o adotando dirigiam-se à autoridade judicial competente e, diante desta, os dois primeiros faziam declaração de concorde no sentido da adoção, a ela aderindo o adotando com o simples silêncio[34].

Mas para que a adoção fosse possível, certos requisitos eram exigidos, sob pena de não ser reconhecido o ato. Alves[35]fala destes requisitos, lembrando que eles eram necessários para que houvesse uma semelhança com a paternidade natural. Assim sendo, deveria o adotante ser dezoito anos mais velho que o adotando, no mínimo, e não podiam adotar os impossibilitados de gerar, tais como os castrados. Além destes requisitos, ainda havia, além da necessidade de consentimento do *pater familias* e do adotante, o consentimento do adotando.

Vê-se por este último quesito que o adotando manifestava-se sobre a adoção, importando, pois, o fato de que necessariamente não seria um bebê ou pessoa de tenra idade, mas tratava-se, muitas vezes, de pessoa maior de idade, mas que tinha a consciência de que jamais seria *pater familias* em sua unidade familiar originária, visto que não era o primogênito. Embora não houvesse uma quebra de todos os vínculos com a família sanguínea, passava a ser o perpetuador do culto doméstico, no contexto da família que o recebia em adoção.

Ainda existia um ritual que era utilizado tanto com o filho sanguíneo como com o filho adotivo para que a entrada do novo membro no seio familiar fosse conhecida e reconhecida por todos. Não se pode deixar de dizer que os rituais eram a forma mais eficaz, para os romanos, de demonstrar a aceitação do filho.

> Nesse dia, o pai reunia a família, chamava testemunhas e sacrificava ao seu lar. A criança era então apresentada aos deuses domésticos; com frequência nos braços de uma mulher que corria, era levada a dar volta ao fogo sagrado. Essa cerimônia tinha uma dupla finalidade: purificar a criança, isto é, limpá-la do pecado que trazia inato, pois os antigos supunham tê-lo contraído pelo simples fato da gestação, e, em seguida, iniciá-la no culto doméstico[36].

Era, portanto, a questão da perpetuidade da família que estava em jogo, no momento da adoção e, quanto mais consciente fosse o adotando desta condição, mais fácil aceitar a mudança do culto doméstico e da realidade a ser vivenciada a partir daquele momento, fosse pela adoção *plena*, que era mais comum e que gerava todos os direitos ao adotando, quanto a *minus plena*, onde este adquire apenas algumas garantias[37].

O grande número de adoções em Roma, demonstra como a família romana era não muito natural. E segue dizendo que a entrega de uma criança em adoção, para os romanos, tinha a mesma conotação da entrega de uma filha em casamento, especialmente quando se tratava de um casamento vantajoso para a família. Por ser assim, tinha-se duas maneiras de se ter filhos,

[33] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
[34] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 614.
[35] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 614.
[36] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57-58.
[37] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

através de gestação natural, para aqueles que podiam e a adoção, para aqueles que tinham alguma limitação na concepção.

Sendo a adoção um modo de impedir a extinção de uma estirpe, assim como de adquirir a condição de pai de família, que era uma exigência legal a todos os que tinham intenção em obter honras públicas e assumir os governos das províncias. Pode-se ver que tudo que o casamento propiciava, era propiciado igualmente pela adoção[38]. A adoção era, desta forma, o meio de se garantir benefícios outros na sociedade, além daqueles dentro da esfera familiar, que eram a continuação da religião caseira, da manutenção do nome da família e a garantia de que o patrimônio adquirido não seria perdido pela falta de filho varão.

2.1 A importância do *filius familia*

A figura do adotante possui todas as prerrogativas da adoção, pois é em favor dele que esta foi criada. Mas não se pode relegar a um segundo plano a pessoa do adotando, que futuramente, passará a servir à família, presente e passada, assumindo todas as obrigações do *pater familias* em relação ao culto doméstico.

Isto porque, era o *filius familias* que assumia as funções do *pater* após o seu falecimento, ou quando este abria mão de sua condição, no caso de *capitis deminutio*. Quando havia filhos legítimos, era o primogênito varão a assumir esta função. O filho adotado vinha preencher a ausência do filho legítimo varão. O que era esperado e necessário, era, pois, o filho; era o filho por quem a família, os antepassados e o lar reclamavam. Ressaltando a importância do filho varão, afirma Coulanges:

> O nascimento da filha não satisfazia ao fim do casamento. Com efeito, a filha não podia continuar com o culto, porque no dia em que se casasse renunciaria à família e ao culto de seu pai, passando a pertencer à família e à religião do marido. Tanto a família como o culto só teria continuidade por meio dos varões; fato fundamental e cheio de consequências.[39].

O filho assumia esta condição assim que nascia e era criado para assumir a função do *pater*. O mesmo acontecia com o filho adotivo, que depois de recepcionado pela família passava a ser instruído para a realização das atividades voltadas para a manutenção da religião doméstica.

> Sucedia que na Grécia e em Roma, como na Índia, o filho tinha o dever de fazer libações e sacrifícios aos manes de seu pai e aos de todos os seus avós. Faltar a esse dever era a mais grave impiedade de quantas podiam cometer-se, porque a interrupção do culto, destituindo do seu lugar a série de mortos, aniquilava lhe a felicidade. Esta negligência tomava proporções de verdadeiro parricídio multiplicado por tantas vezes quanto os antepassados havidos na família[40].

Cabia ao *pater* ensinar aos filhos todos os segredos e tudo o que envolvia a manutenção do Lar, dos Manes, da família. Assim, somente o *pater* possuía e conhecia o princípio misterioso do ser e era quem transmitia a centelha de vida para toda a família. A partir deste antigo conceito se estabeleceu como regra que o culto familiar somente fosse realizado pelo varão, e transmitido de um para o outro (do *pater* para o *filius*). Desta forma, a mulher somente era recebida e participava do culto por intervenção de seu pai ou de seu marido e, depois da morte, deste ou daquele,

[38] VEYNE, Paul (org.). **História da vida privada:** do império romano ao ano mil. Tradução: Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
[39] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.
[40] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

não recebia nenhuma parte daquilo que cabia ao homem no culto e nas cerimônias do repasto fúnebre. Assim percebe-se a importância de todos na família entenderem a realidade do culto, para que cada um pudesse exercer suas funções de modo conveniente e sem causar a ira dos antepassados e dos deuses domésticos.

Uma outra prática muito importante na religião da família era o culto aos mortos. Era por eles que o *pater* conduzia os rituais e os passava ao seu filho varão primogênito. Tinha-se o sentimento de que tudo de bom ou de ruim que acontecia aos vivos, de certo modo, dependia do culto aos antepassados mortos. Afirma Coulanges:

> Uma das primeiras regras do culto aos mortos estava no fato de este só pode ser prestado aos mortos de cada família pelo sangue que lhe pertencia. O funeral só podia realizar-se religiosamente quando presidido pelo parente mais próximo. Quanto ao repasto fúnebre, que se renova em épocas determinadas, só a família tinha o direito de lhe assistir, estando todo estranho rigorosamente excluído dele[41].

Era a partir do culto e dos ensinamentos passados do *pater* para o *filius* que se estreitavam os laços entre os dois, laços não só advindo do parentesco ou da adoção, mas pincipalmente os laços nascidos a partir do desenvolvimento da religião doméstica, praticada quase exclusivamente pelos dois, com a observação geral dos outros membros da família, mas sem qualquer atividade de fato. "Com efeito, para o filho não só o laço de sangue significava a família; era ainda necessário o laço do culto"[42].

É necessário que se perceba a importância do filho varão no contexto familiar, a ponto de algumas medidas legais serem tomadas após o falecimento do *pater familias*. "Com muito mais razão, as legislações antigas prescreviam o casamento da viúva, quando não tivesse tido filhos do marido, com o mais próximo parente do seu marido. O filho desse segundo casamento era considerado filho do defunto"[43]. Tal afirmação demonstra a preocupação em que o *pater* tivesse um herdeiro, que daria continuidade à família e exerceria o culto doméstico.

A afirmação de que cada família tinha a sua religião e seus deuses particulares não é nenhum dissenso. De fato, cada família tinha seus cultos próprios, que não eram celebrados aos olhos dos demais. Cada uma delas criava a forma de cultuar seus antepassados, tornando a religião familiar peculiar. Esse aspecto religioso está limitado ao lar, ao interior da residência, posto que o culto não era feito aos olhos dos demais, era particular. Em assim o sendo, todos os rituais e cerimônias eram feitos apenas perante a família.

De todo o exposto, percebe-se a importância do *pater* e do *filius* no contexto familiar, pois eram eles que iriam perpetuar esta família, fazer com que esta não se perdesse com o tempo e que o culto fosse mantido integralmente da forma como vinha sendo celebrado por gerações, desde o momento que o culto familiar fora gerado. "O filho pertencia exclusivamente ao pai. Além disso, não podia pertencer a duas famílias, invocar dois lares; o filho não tinha, pois, outra religião nem outra família senão as do pai"[44].

Cabia ao filho manter viva a história do pai e de seus antepassados, sendo este um dos principais desígnios do ambiente familiar. Isto posto, é notória a necessidade do filho. Quando o *pater* não tinha filho varão natural, oriundo do casamento, a adoção era o meio mais viável para

[41] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36-37.
[42] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.
[43] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56.
[44] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61.

que obtivesse a possibilidade de manter viva a família, e mais ainda quando se tratava da adoção plena, onde era um parente sanguíneo que manteria vivo o culto doméstico.

Havia ainda uma outra razão para a adoção que seria uma maneira de controlar e vigiar o movimento dos patrimônios, a fim de evitar que fosse dispendido e também que houvesse algum tipo de preferência.

> Um sogro que aprecia a deferência com que o genro o trata adota tal genro quando este, ficando órfão, recebe uma herança: eis que o sogro se torna dono dessa herança, pois colocou sob seu poder o genro transformado em filho. Em troca, propiciará ao filho adotivo uma bela carreira no Senado: a adoção regula também a carreira[45].

Pelo que se vê, a adoção tinha, no Direito Romano, essencialmente, um caráter patrimonialista, posto que sua preocupação sempre gira em torno da família e, como bem se sabe, não havia uma visão de afetividade no que diz respeito à família antiga. Buscava-se, muito mais, que não houvesse a perda dos bens familiares, que eram essenciais à manutenção do status e da essência da família, do que a preocupação com aspectos emocionais, tão presentes no instituto nos dias atuais.

2.2 Distinção entre *adoptio* e *adrogatio*

Os Romanos, como antes citado, criaram dois meios de adotar – a *adoptio* e a *adrogatio*, cada uma delas possuindo características próprias e com regras específicas para a efetivação e consolidação da medida, ou seja, a partir dos seguimentos das regras estabelecidas é que a adoção se tornava válida, fazendo gerar todos os efeitos de filiação e de obrigações por ela estabelecidas. Observa-se que, embora os rituais fossem diferentes, o resultado buscado era o mesmo, a continuação do nome da família e do culto doméstico, bem como a manutenção do patrimônio no seio familiar. Para entender a distinção das duas figuras jurídicas, Bujan[46] dispõe:

> A adoção tem por objeto a incorporação de uma pessoa estranha na esfera famíliar. Se a pessoa integrada na família e submetida ao *patria potestas*, é *sui iuris*, se denomina *adrogatio* e, em virtude da incorporação a sua nova família, a pessoa passa a ser *alienis iuris*. Se a pessoa que se integra no marco familiar, é *alienis iuris*, se produz uma adoção em sentido estrito, *adoptio*. * Tradução do autor.

Passando a analisar cada instituto em sua esfera própria, pode-se dizer, a *adrogatio* seria o ato jurídico pelo qual se uma família receberia em adoção quem era *paterfamilias* de outra comunidade familiar, acrescido de todos os seus descendentes. Tal ato era celebrado, no contexto mais antigo do Direito Romano perante o povo reunido nos comícios curiados. Contudo, com a evolução do instituto, mais especificamente no direito clássico, realizava-se perante os trinta litores, que seriam os representantes das cúrias. "O ato importava a sujeição do *adrogatus* com toda a sua família ao poder do *adrogator* e, portanto, a passagem de todo o patrimônio (ativo e passivo) de uma para outra família"[47].

Percebe-se que se tratava, neste contexto da adoção de uma família inteira por outra, a partir da adoção do *pater*. Era comum este tipo de adoção em face de dívidas contraídas pelo pai, que gerava efeitos sobre todos os membros da família. Em relação ao *pater* que fosse ad-rogado.

[45] VEYNE, Paul (org.). **História da vida privada:** do império romano ao ano mil. Tradução: Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 29.
[46] BUJAN, Antonio Fernández de. **Derecho privado romano.** 5.ed. Instel, Madrid – Esp, 2012.
[47] SCIASCIA, Gaetano. CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 118-119.

Após o século III d.C., surge a *adrogatio* por rescrito do imperador, mantendo ainda a necessidade do consentimento expresso do *adrogado*, que é a única que se mantém em uso no tempo dos imperadores cristãos. Acrescenta, ainda, o referido autor que passaram a ser objeto de ad-rogação as mulheres e os impúberes, desde que preenchidos requisitos como a oitiva da família do ad-rogado e a autorização do tutor deste[48].

Parte dos efeitos da modificação familiar, se produz uma sucessão universal *inter vivos*, onde o ad-rogante (quem adotava) recebe todos os bens do ad-rogado (quem era adotado), pois este último sofre uma *capitis deminutio mínima*, e passa de pessoa *sui iuris* para ser um *alienis iuris*. Embora isto ocorra, persistem suas obrigações *ex delicto* e se extinguem seus direitos personalíssimos e suas dívidas[49]. Não há certeza se um cidadão romano podia ad-rogar um latino. Afirma ainda que após o procedimento feito perante a comitiva do povo o ad-rogado é declarado filho legítimo do ad-rogante e como consequência imediata surgia o *patria potestas* do *adrogator* sobre o *adrogatus*[50].

Já na *adoptio* o adotando sai de sua família originária e perde toda a relação de agnação, perde o direito de sucessão em relação ao seu antigo *paterfamilias* e adquire a qualidade de *filiusfamilias* na família adotiva. Passa a usar o nome da família de seu adotante e tem todos os direitos de um filho sobre a herança[51]. A adoção representa o ato jurídico pelo qual alguém se torna *filius familias* em uma família próprio jure que não é a sua[52].

Como acima afirmado, a adoção foi utilizada para manter viva a família, com suas tradições e cultos, assim como suas propriedades.

> A adoção foi frequentemente utilizada pelos povos da Antiguidade e pelos Romanos não só para assegurarem a permanência da família sem filhos naturais e, assim, dar continuidade ao culto dos deuses domésticos, mas também para preservarem o patrimônio familiar a que, por via de herança, a adoptado tem acesso como herdeiro. Os próprios Imperadores utilizaram-na para designar os seus sucessores na dignidade imperial[53].

Havia uma preocupação dos *parterfamilias* em manter e preservar o patrimônio adquirido pela família, somado as preocupações com o nome e da religião, pois não havendo descendência masculina que pudesse levar à diante o nome daquela família, ela deixaria de existir e todos os bens seriam adquiridos pelo ente público. E isto geraria um ônus também para o poder público, que acabava por incentivar a adoção por parte das famílias que não tinham filhos varões, posto que manter este patrimônio era um gasto à mais às finanças públicas.

A *adoptio* realizava-se perante o magistrado mediante uma reivindicação simulada pelo adotante. Só era admitida se o adotante tivesse dezoito anos a mais que o adotando e trata da existência no direito justinianeu da *adoptio plena*, quando feito por um ascendente materno ou por um parente do adotando e a *adoptio minus plena*, se o adotante era estranho[54].

A adoção podia recair sobre uma pessoa púbere ou impúbere, pois não havia distinção neste instituto. O mais importante era que surgisse a pessoa do filho, varão, que pudesse assumir, depois do pai, o culto familiar e dar continuidade à família, para que a mesma não se perdesse na história.

[48] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[49] GUTIÉRREZ, Ricardo Panero. **Derecho romano**. 2. Ed. Valencia-Esp, Tirant to blanch, 2000, p. 258.
[50] VOLTERRA, Eduardo. **Instituciones de derecho privado romano.** Madrid: Editora Civitas S.A., 1986.
[51] VOLTERRA, Eduardo. **Instituciones de derecho privado romano.** Madrid: Editora Civitas S.A., 1986.
[52] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[53] JUSTO, A. Santos. **Breviário de direito privado romano.** Lisboa: Coimbra, 2010, p. 384.
[54] SCIASCIA, Gaetano. CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1951.

Assim como a *adrogatio*, a *adoptio* tinha também uma ritualidade para que fosse tida como válida. No direito clássico, havia apenas o cuidado com a aceitação da medida pelo *paterfamilias* originário e o *paterfamilias* adotante, e a aceitação por parte do adotando dava-se com o simples silêncio. No direito justinianeu, devia a *adoptio* imitar a natureza. Consequentemente,

> Exige-se que o adoptante tenha, pelo menos, mais dezoito anos que o adoptado, porque 'a adoção imita a natureza e seria monstruoso que o filho fosse maior que o pai; recusa-se a quem se encontre fisiologicamente impossibilitado de procriar; e não se permite a adopção sujeita a termo[55].

Com isso, o filho passava a ficar sob o *patria potestas* do novo *paterfamilias*, passando a respeitá-lo da forma convencional, tinha o direito ao uso do nome da família e a ser reconhecido como filho legítimo e, como seria o responsável pela orientação do culto após o afastamento do *pater*, passava a ter obrigações na condução do culto familiar, aprendendo todas as regras e nuances desta religião doméstica, que passaria, futuramente, a ser obrigação sua a condução. Fosse um menor ou um maior que fosse adotado, deveria desde logo ser inserido neste contexto do culto, posto que não se tinha a exata noção da duração do *pater* na regência da família e o culto não podia ser quebrado ou deixado de lado.

Há um terceiro tipo de adoção utilizada em Roma, a adoção testamentária, que era o último recurso para se buscar a adoção que não fora efetivada durante a vida do *paterfamilias*. Este tipo de procedimento era feito no momento da escritura do testamento, ficando ali consignado o nome da pessoa que estava sendo, a partir daquele ato, recebida em adoção. Contudo, tal modelo de adoção era muito questionado e controvertido pois, para alguns a adoção testamentária nada mais era do que uma ad-rogação. Já para outros, "era simples instituição de herdeiro sob condição de tomar o adotado o nome do testador. Foi o modo escolhido por JÚLIO CÉSAR para adotar o sobrinho OTÁVIO"[56].

Em virtude do crescimento do cristianismo entre os romanos, passou a ser proibida a adoção dos filhos do concubinato, que seriam os filhos havidos fora do contrato familiar, pois para estes havia o instituto da legitimação, que poderia solucionar tal situação. Havia uma grande preocupação, por parte da Igreja, em impedir o avanço de tais situações de regularização de filhos nascidos fora do casamento, pois, quando não havia descendência legítima, os bens poderiam ser doados ou adquiridos por esta[57].

O que não se pode esquecer é a importância do instituto da adoção e da manifestação de vontades estabelecidas pelas partes, especialmente de quem adota e dos genitores do adotado, que precisavam dar seu consentimento no procedimento para que este fosse efetivado, podendo assim gerar os efeitos esperados a partir da concretização do instituto da adoção. Sem essa manifestação, a adoção não se estabelecia de fato e de direito.

2.3 A manifestação do pai do adotando no procedimento

No direito romano era obrigatória a presença do pai do adotado no ato da adoção, afirmando que dava seu filho em adoção ou, pelo menos, silenciando quanto ao interesse do adotante

[55] JUSTO, A. Santos. **Breviário de direito privado romano.** Lisboa: Coimbra, 2010, p. 385.
[56] MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil:** direito de família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 399. (grifo dos autores)
[57] SANTOS, Severino Augusto Dos. **Direito romano:** uma introdução ao direito civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

em ter o adotando em sua família. Isto estava estabelecido na lei das XII Tábuas e no período do Direito justinianeu a fórmula fora simplificada, mas ainda mantida.

A ruptura do *patria potestade* se dava mediante o pai titular do *patria postestas* e o pai adotante ou um terceiro fiduciário. Neste momento o pai adotante reivindicava a condição de filho legítimo do adotando e ante o silêncio do pai originário, o magistrado pronunciava uma resolução confirmatória da manifestação do pai adotante. Percebe-se que o direito romano observava a manifestação do pai legítimo no processo de adoção, seja pelo simples silencio de ir contra o interesse de um terceiro em adotar seu filho, para posteriormente, conferir-lhe o efeito de sentença[58].

Não se pode negar que havia no direito romano uma forma muito política da adoção. Mas não se pode deixar de admitir que para a concessão da adoção havia uma expressa necessidade de se ouvir e entender que a família originária, através do pai, que era o único que detinha poderes legais sobre os filhos, não se negava ao processo de adoção. Sem esta manifestação, sem esta aceitação, a adoção não se configurava e não havia qualquer efeito jurídico[59].

Compareciam perante o magistrado o adotante, o adotando e o *alieni iuris*, que era o varão que jamais atingira a qualidade de pater em sua família originária ou, que só atingira tal posição com a morte de seus irmãos precedentes. O *alienis iuris* seria sempre considerado relativamente capaz, mesmo que fosse casado, com filhos e patrimônio, pois somente era considerado capaz o *paterfamilias*.

Assim sendo, o adotante reivindicava o *alieni iuris* como se seu filho fosse, o *pater* silenciava. Vê-se a importância de se ouvir o pai do adotando e que este manifestasse sua vontade, mesmo que com seu silêncio para a concretização da adoção. Ademais, as mulheres não participavam do ato, daí a ausência da mãe. Sem esse consentimento, mesmo que silencioso, o processo de adoção não se concretizava. Complementa ainda o referido autor "diante da confissão simulada, o pretor pronunciava a *addictio* (adjudicação) em favor do adotante. Estava assim materializado o ato jurídico"[60].

Em momento algum se pedia ou se exigia que o adotando se manifestasse. Somente os *paterfamilias*, os pais, aqueles que detinham o poder de vida e morte sobre sua família e filhos, tanto o da família originária como o da família adotiva era quem intervinham no ato, mostrando a necessidade de se ouvir o pai do adotando sobre o interesse em ser dado o filho em adoção àquele que estava a requerendo[61].

Na última fase do Direito Romano, o processo passa a ser simplificado, posto que bastava o comparecimento do adotante, do adotando e do pai deste perante o magistrado. E a partir daí tomava-se a declaração de concordância dos respectivos pais e que o que vai a ser adotado a esta não se oponha. Contudo, bem se sabe, que esta não oposição era feita também pelo pai do adotando, posto que este não tinha direito de manifestação[62].

Por todo o exposto, percebe-se a importância do consentimento do pai natural ou originário no processo de adoção em Roma, no qual a adoção só se tornava legítima a partir de seu consentimento ou, pelo menos, de sua não negativa.

[58] BUJAN, Antonio Fernández de. **Derecho privado romano.** 5.ed. Instel, Madrid – Esp, 2012.
[59] MARTÍNEZ, Jesús Daza; RODRÍGUEZ-ENNES, Luis. **Instituciones de derecho privado romano**. 3. ed. MADRID. 2001.
[60] SANTOS, Severino Augusto Dos. **Direito romano:** uma introdução ao direito civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 200.
[61] JUSTO, A. Santos. **Breviário de direito privado romano.** Lisboa: Coimbra, 2010.
[62] GUTIÉRREZ, Ricardo Panero. **Derecho Romano**. 2. Ed. Valencia-Esp, Tirant to blanch, 2000.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das sociedades antigas até hoje, as que mais referencial teórico trouxeram ao direito ocidental moderno foram, principalmente, o Direito Romano e o Direito Grego. Durante muito tempo, a tutela jurídica da adoção no ocidente foi fortemente influenciado pelo direito greco-romano. Destacaríamos, para concluir, a principal similitude entre as adoções romana e grega: as características do adotante. Em ambos os direitos, apenas o *pater*/pai tinha o direito de adotar. Isto se dava da mesma forma nas duas sociedades, haja vista sua organização patriarcal e a necessidade da perpetuação familiar e manutenção da religião do lar, o culto do deus de cada família.

Outro ponto semelhante é a necessidade do adotante estar no gozo de seus direitos civis, não podendo sofrer restrição em qualquer deles. Deve também haver, tanto em Roma como na Grécia, a aceitação, por parte do adotado, de ser recebido em adoção, posto que tal aceitação o tiraria em definitivo de sua família natural, passando a gozar de direito na família adotante. Esta manifestação devia ser expressa, em se tratando de pessoa maior de idade e por seu representante, em se tratando o adotado de pessoa menor de idade.

A adoção, nas duas culturas, se dava perante um tribunal, que analisava a presença dos requisitos e a viabilidade do ato, e, após a sentença/decisão era que passava a gerar efeitos para a vida civil, especialmente a utilização do nome da família. Ocorre que as semelhanças ficam nesta esfera, pois os demais pontos são diferentes. Em Roma, as adoções possíveis eram a adoção propriamente dita, que recaía sobre um *alieni iuris* e a *adrogatio* quando se tratava o adotado de um *sui iuris*, incorporado a todos os seus descendentes. Na Grécia, os tipos de adoção eram a inter vivos, tratando-se de pessoas vivas, a adoção testamentária, feita como disposição de última vontade, em testamento e a adoção póstuma, para evitar, a todo custo, que aquele que não fizera adoção em vida ou através de testamento, morresse sem deixar família.

Em se tratando de idade para o adotante, em Roma, este tinha que ter dezoito anos a mais que o adotado e somente poderia fazer a partir da maioridade. Já na Grécia, não havia disposição de diferença de idade entre o adotante e o adotado, apenas colocando como requisito, que o adotante tivesse mais de dezoito anos.

Ademais, segundo o legislador romano, a adoção deveria demonstrar os mesmos requisitos da filiação natural, o que sequer era cogitado na Grécia, pois era sabido que na adoção grega poderia não haver nenhuma diferença de idade entre adotante e adotado, inclusive podendo este último ser mais velho que o primeiro.

No Direito Romano, apenas homens eram objeto de adoção, havendo vedação legal na adoção de mulheres. Na Grécia, a adoção recaía, preferencialmente sobre homem, mas não havia impedimento legal na adoção de uma mulher, com o objetivo de procriação e adoção futura, pois esta daria o primeiro filho homem, em adoção, para o seu adotante.

Atualmente, observam-se mudanças significativas na orientação da lei brasileira, na medida em que o bem estar da criança é colocado como o seu principal objetivo, e não mais a continuidade religiosa, política e econômica da família. Pode-se afirmar que o direito antigo, na Grécia e em Roma, não levava em conta os afetos dos indivíduos, tampouco os considera como investidos de direitos fundamentais inalienáveis. No entanto, as questões econômicas, relacionadas à transferência de propriedade ao adotado, bem como questões de configuração e continuidade da família, mesmo que não mais de uma perspectiva religiosa, fazem com que a discussão contemporânea sobre a adoção no Brasil se enriqueça a partir deste retorno aos clássicos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARNAOUTOGLU. **Leis da Grécia antiga**. São Paulo: Odysseus, 2003.

BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privée de la République athénienne**. vol. 1. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897.

CAILLERMER, E. **Le droit des succession légitime à Athènes**. Paris: Ernest Thorin, 1879.

CHEHATA, C. **Le testament dans L´Egypte pharaonique**. Paris: RHD, 1954.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DEMÓSTENES. **Les plaidoyers civils**. Paris: E. Plon Editeurs, 1875.

GAUDEMET, Jean. **Institutions de l´antiquité.** Paris: Sirey, 1982.

GERNET, Louis. **Droit et institutions em Grèce antique**. Paris: Flammarion, 1982.

GLOTZ, Gustave. **La cité grecque.** Paris: Albin Michel, 2014.

GUTIÉRREZ, Ricardo Panero. **Derecho romano**. 2. Ed. Valencia-Esp, Tirant to blanch, 2000, p. 258.

ISEU. **Les plaidoyers de Isée**. Paris: Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Jornal du Palais, 1898.

JUSTO, A. Santos. **Breviário de direito privado romano**. Lisboa: Coimbra, 2010.

MARTÍNEZ, Jesús Daza; RODRÍGUEZ-ENNES, Luis. **Instituciones de derecho privado romano**. 3. ed. MADRID. 2001.

MELO, Alisson José Maia; THEMUDO, Tiago Seixas. A poligamia no direito privado ateniense e as relações paralelas no direito civil brasileiro no século XXI: aproximações jurídicas. **Revista Argumentum**, v. 18, n. 3. Marília-SP, 2017 (set-dez).

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERROT, George. **L´éloquence politique e judiciaire à Athènes**. Paris: Librairie Hachette, 1873.

PLATÃO. **As leis**. São Paulo: Edipro, 2010.

SANTOS, Severino Augusto Dos. **Direito romano**: uma introdução ao direito civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SCIASCIA, Gaetano. CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1951.

VEYNE, Paul (org.). **História da vida privada:** do império romano ao ano mil. Tradução: Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

VOLTERRA, Eduardo. **Instituciones de derecho privado romano**. Madrid: Editora Civitas S.A., 1986.