

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 801

(Ano IX)

(13/05/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

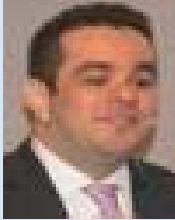
País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589045>

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



11/05/2017 Ricson Moreira Coelho da Silva

» [As contribuições no contexto do federalismo fiscal brasileiro](#)

ARTIGOS

12/05/2017 Taiz Marrão Batista da Costa

» [Norma geral anti-elisiva: perspectivas na regulação do planejamento tributário](#)

12/05/2017 Jean Charles de Oliveira Batista

» [A Constituição de 1937 e a ditadura estadonovista](#)

12/05/2017 Pedro Aurelio Azevedo Lustosa

» [Os Contratos Eletrônicos e as Atuais Relações de Consumo](#)

12/05/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Primeiras Reflexões acerca do Instituto da Curatela Compartilhada: Ponderações ao Artigo 1.175-A do Código Civil](#)

11/05/2017 Artur Barbosa da Silveira

» [Da conciliação e da mediação no atual Código de Processo Civil](#)

11/05/2017 Ariella Lunardi de Oliveira

» [A legalidade dos contratos de time-sharing turístico no Brasil e as desvantagens causadas ao consumidor por suas cláusulas abusivas](#)

11/05/2017 Emília Santiago Rabelo de Jesus

» [Evolução dos juros de mora: abordagem histórica desenvolvida até a vigência do novo Código Civil Brasileiro](#)

11/05/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Anotações ao Decreto nº 8.972/2017: Breve Painel à Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa](#)

10/05/2017 Anna Beatriz Cabral Barbalho

» [A cooperação internacional e a normatização do comércio externo](#)

10/05/2017 Emília Santiago Rabelo de Jesus

» [O tráfico de pessoas: uma preocupação para o ordenamento jurídico nacional e internacional](#)

10/05/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Primeiros Comentários ao Recurso Especial nº 1.582.177/RJ: Da Usucapião de Bens Móveis](#)

09/05/2017 Fábio André Uema Oliveira

» [Compromisso de Ajustamento de Conduta: Previsão legal e Tomadores Legitimados.](#)

09/05/2017 William Sergio Antunes de Campos

» [A segurança cidadã e a garantia do policiamento preventivo pelas guardas civis municipais: Guapimirim. Um projeto modelo para o futuro](#)

09/05/2017 Felipe Teixeira Dias

» [Direitos do nascituro: a aplicação da teoria concepcionista](#)

09/05/2017 Emília Santiago Rabelo de Jesus

» [O desenvolvimento e aplicação do controle de convencionalidade](#)

09/05/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Cultura do diálogo e mediação na Administração Pública: a consensualidade e o empoderamento na condução do processo administrativo e disciplinar](#)

08/05/2017 Luiz Venâncio Catharino Lourenção

» [A nova visão sobre a responsabilidade civil do proprietário da coisa](#)

08/05/2017 Matheus Amaral Mocelin

» [A Lei da Guarda Compartilhada \(nº 13.058/14\) como reflexo das políticas públicas de ação afirmativa](#)

08/05/2017 Samuel José Milanez Sousa

» [Análise dos Métodos Empregados na Pesquisa Jurídica nº 24/2010 do Projeto Pensando o Direito.](#)

08/05/2017 Debora May Pelegrim

» [A compra e venda de ascendente para descendente.](#)

08/05/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Do Monopólio Estatal das Atividades Econômicas: Reflexões à Intervenção do Estado no Domínio Econômico](#)

AS CONTRIBUIÇÕES NO CONTEXTO DO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

RICSON MOREIRA COELHO DA SILVA: Mestre em direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP, especialista em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP e em administração pública pela Fundação Getulio Vargas - FGV. Graduado em direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Professor da Unieuro-DF e da ESAF e Procurador da Fazenda Nacional - Ministério da Fazenda/Advocacia Geral da União, com atuação perante os tribunais superiores em Brasília

As contribuições parecem funcionar para o direito tributário, *mutatis mutandis*, como a Arguição de Preceito Fundamental – ADPF funciona para o controle de constitucionalidade no Brasil, ou seja, como um curinga aberto o suficiente para nele tudo caber a depender dos interesses envolvidos.

Com efeito, as contribuições fogem das características fundamentais dos tributos no Brasil, podendo inclusive compartilhar com outros tributos a mesma hipótese de incidência. Demais disso, observa-se que a competência e a arrecadação, por consequência, salvo pequenas exceções, são quase que uma exclusividade da União. E mais, nem a vinculação a uma finalidade estabelecida como pressuposto de sua criação constitucional tem servido para por tal tributo em trilhos seguros, já que o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de controle difuso, não ser inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional ([RE 537.610](#), rel. min. Cezar Peluso).

Do mesmo modo, salvo rara exceção, tal tributo como curinga da União que é, não se sujeita, regra geral, às regras de repartição das receitas tributárias, o que, naturalmente, tende a desequilibrar a equação de forças federativas em favor da União. Com efeito, posto que a manipulação de tal tributo pode interferir na geração de riquezas no território dos entes federativos e reduzir o âmbito das respectivas

competências e arrecadação, tornando a equação financeira extremamente desequilibrada e favorecendo uma corrida de alinhamento político com o poder central para dele perceber repasses gratuitos que ajudem na execução de políticas públicas, notadamente na promoção de direitos sociais.

Daí que, como adverte parte da doutrina, há de se ampliar o debate sobre o direito tributário para circunstâncias que ultrapassem o DARF, ou seja, há de se estudar, dentro de uma visão holística, receitas e despesas. Afinal, no que pertine às contribuições, assim como às taxas, contribuições de melhoria, a despesa torna-se um vetor importante para bem compreender a formação da receita tributária mencionada.

Nesse contexto, discute-se, do ponto de vista da repartição de receitas, se concentrar recursos na União e alçar tal ente a grande distribuidor de recursos no âmbito da federação brasileira, a pretexto de melhor equacionar a guerra fiscal e simplificar o sistema, unificando tributos, e trazendo mais igualdade entre os entes hoje quase que subordinados a ela (União), como a maioria dos municípios, não poderia representar um aprofundamento dessa centralização de poder.

Pois bem, inobstante discussão que se possa ter sobre a legitimidade da guerra fiscal para produzir mais desenvolvimento econômico e social em regiões menos abastadas, é importante observar que nesse cenário se a mudança representar uma opção por repasses voluntários, iremos transformar a federação brasileira em um federalismo subserviente, clientelista, afastando-o da ideia de cooperativismo e de autonomia

Com efeito, pois se pode vislumbrar riscos não só aos contribuintes como também ao princípio da igualdade de forças que deve reinar em uma federação, afinal não se permite, ainda que com atenuações, um Estado Federal, no qual exista um ente central que a tudo comande e que a tudo interfira, sem qualquer contrabalanço.

Todavia, cumpre destacar que a ideia de concentração de competências e arrecadação em um ente federativo, não é, em nossa

opinião, um mal em si mesmo, pois não se trata de se estabelecer em si próprio um processo de “autarquização” a entes que não vivem essa realidade de modo necessário na atualidade (grandes centros). Decerto, tal só se dará se presente duas condições, a saber: um modelo sacralizado na ideia de repasses voluntários e a pouca inserção e poder de barganha do ente respectivo.

Nesse sentido, a experimentação quanto à simplificação tributária pela eliminação da guerra fiscal com a unificação de competências e estabelecimentos de repasses não torna os entes federativos como um todo, autarquias por si só, tal só se observará na medida em que sua inclusão nesse processo se der a partir da sobrevalorização de repasses voluntários, os quais, por sua natureza, tendem a criar um ambiente de clientelismo na classe política e que reflete na autonomia do ente federativo.

De toda forma, em conclusão, cumpre observar que a estrutura federal hoje vigente, a despeito da maioria de doutrina falar em cooperativismo, aproxima-se mais a controle de um ente sobre os demais, do que uma cooperação propriamente dita. É que, a despeito dos municípios, sobretudo, gozarem de certa autonomia política, possuem de modo geral, quase que nenhuma autonomia financeira, ou seja, dependem de repasses obrigatórios e voluntários dos demais entes, de tal maneira que não se enxerga como um aprofundamento desse processo, necessariamente, ferirá o ideal posto na Constituição. Afinal o desenho tributário com relação a receitas sobrevalorizou a União, que além das competências, possui uma residual que é mais um elemento desestabilizador e concentrador desse processo que estamos a relatar e discutir como no caso das contribuições.

NORMA GERAL ANTI-ELISIVA: PERSPECTIVAS NA REGULAÇÃO DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

TAIZ MARRÃO BATISTA DA COSTA: Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Master of Laws (LL.M.) pela Georgetown University Law Center. Advogada da União na Procuradoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Norma Geral Anti-Elisiva no Combate ao Planejamento Fiscal: 2.1. O Artigo 116, Parágrafo Único, do CTN Não é Norma Anti-Evasiva; 2.2. A Interpretação do Termo *Dissimular* e as Condutas a Serem Combatidas pela Norma Contida no Artigo 116, Parágrafo Único, do CTN; 2.3. A Interpretação do Termo *Poderá* e a Subjetividade no Juízo de Requalificação; 3. Conclusões Finais; 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O tema do planejamento tributário e do combate à elisão de tributos é, para além de instigante, dotado de inegável importância e atualidade. Soma-se à tormentosa confusão conceitual em torno das figuras da evasão e da elisão fiscal, a ausência de clara regulamentação do exercício do poder da administração para fiscalizar, desconsiderar e sancionar a conduta do contribuinte.

O questionamento quanto aos limites do planejamento tributário está na pauta do dia não apenas no Brasil, mas mundo afora. A crise econômica global nos últimos anos trouxe para o discurso popular, especialmente na Europa e nos Estados Unidos, o clamor pelo incremento da responsabilidade fiscal dos governos e a crescente “culpabilização” das corporações multinacionais pela sua capacidade superior para a alocação de receitas e conseqüente minimização ou mesmo eliminação da tributação.^[1]

Face à quase “criminalização” da prática do planejamento tributário, afigura-se urgente refletir sobre a seguinte questão de fundo: “seria o planejamento tributário algo por si só danoso à coletividade e, portanto, ilícito?”. Em sendo a resposta à questão anterior negativa, deve-se separar e conferir tratamento diverso aos casos de planejamento tributário ilícito e aos casos em que o planejamento tributário é legítimo.

A economia fiscal pode ser tolerada ou rechaçada pelo sistema jurídico, o que dependerá essencialmente dos seus princípios e valores estruturais. No Estado Democrático de Direito brasileiro pós-1988, o direito à auto-organização do contribuinte, fundado nos valores da autonomia e da liberdade, sofre limitações pautadas na necessidade de que todos contribuam para as despesas públicas, exigência baseada em valores igualmente protegidos pela ordem constitucional, como justiça, igualdade e solidariedade.^[2]

Neste artigo, iremos investigar algumas das relevantes abordagens doutrinárias sobre o tema de forma a contribuir para a reflexão sobre a necessidade de definição de um parâmetro para a desconsideração dos planejamentos tributários que ajuste o direito do contribuinte e o poder da Administração às exigências de isonomia, respeito à capacidade contributiva e realização da justiça fiscal.

2. A Norma Geral Anti-Elisiva no Combate ao Planejamento Fiscal^[3]

A transição de um modelo tributário alicerçado na tipicidade fechada e no amplo espaço para qualquer elisão que não configurasse prática de ato ilícito para um sistema aberto no qual é possível a desconsideração por abuso de direito “não se fez sem exageros por parte dos aplicadores do direito”. A absoluta permissividade da elisão tributária pela doutrina formalista explica até certa medida estes exageros.^[4]

Preliminarmente, é importante destacar o quão pantanoso é o terreno em que adentramos, visto que o escopo e mesmo a

constitucionalidade do artigo 116, parágrafo único, do CTN são objeto de profunda controvérsia. Nos próximos tópicos, procederemos ao estudo do dispositivo, sem pretensão de esgotar o árduo tema.

2.1. O Artigo 116, Parágrafo Único, do CTN Não é Norma Anti-Evasiva

Na era do pós-positivismo formalista, boa parte da doutrina reconhece a existência de outras categorias de planejamento tributário ao lado das tradicionais figuras dicotômicas da elisão, entendida como planejamento lícito, e da evasão fiscal.^[5] Na perspectiva inflexível do positivismo, ao contrário, a elisão (nesta acepção da palavra significando todo e qualquer planejamento tributário que não configure evasão) foi amplamente aceita, prevalecendo uma interpretação amparada no dogma da legalidade estrita e no culto à segurança jurídica, que fez coincidir a forma (jurídica) com o substrato (econômico) dos negócios jurídicos tributários.^[6] Para a clássica doutrina pátria, na seara do planejamento tributário, sempre houve apenas o lícito ou o ilícito^[7], sendo a infinidade de comportamentos possíveis dentro do abismo que separa estes extremos, por apego à forma, considerados lícitos.^[8]

O mundo pós-positivista é, contudo, complexo e não há como se desconsiderar a zona cinzenta que existe entre o planejamento tributário formalmente lícito, isto é, aquele praticado em conformidade com a letra da lei, e a evasão fiscal, sob pena de, sob o manto da legalidade estrita, sancionar-se comportamentos contrários aos valores mais caros à ordem jurídico-constitucional, notadamente o princípio da capacidade contributiva.^[9]

Embora reconheçamos a existência de abalizada doutrina que, defensora da legalidade estrita, rejeita o uso da norma contida no artigo 116, parágrafo único, do CTN para o combate aos planejamentos que, inobstante conformes à letra da lei, ofendam indiretamente a norma, seu escopo ou contrariem valores constitucionais informadores da ordem tributária justa^[10], entendemos que este artigo não é uma norma anti-evasiva.

Para Alberto Xavier, defensor da corrente formalista^[11], não haveria compatibilidade do direito tributário brasileiro, estruturado sobre a legalidade estrita e a tipicidade fechada, quer com uma teoria da interpretação econômica da norma tributária, quer com uma teoria da interpretação apoiada na tipicidade aberta e nos valores do ordenamento. Em linhas gerais, diante desta incompatibilidade, o autor defende a inconstitucionalidade do dispositivo caso ele seja interpretado e usado para o combate de planejamentos que não configurem evasão fiscal.

Nos posicionamos, em pólo oposto, entre os que defendem a natureza anti-elisiva da norma veiculada pelo artigo 116, parágrafo único, do CTN e sua constitucionalidade enquanto tal. Vislumbramos no dispositivo função inovadora no tratamento do planejamento tributário pelo ordenamento brasileiro, função esta indispensável à garantia do respeito à isonomia tributária e à capacidade contributiva.

A corrente doutrinária que defende uma interpretação valorativa^[12] do direito tributário é consentânea com a proeminência que a jurisprudência dos valores tem gozado no mundo (ocidental) pós-positivista e, principalmente, com os princípios fundantes do Estado democrático de direito.^[13]

Concordamos com Ricardo Lobo Torres quando este pontuou, ao elencar os argumentos gerais que o levaram a entender ser a norma trazida pela Lei Complementar nº104 de 2001 anti-elisiva (e não anti-evasiva), que as normas anti-elisivas equilibram a legalidade com a capacidade contributiva. Acreditamos ser justamente esta característica da norma-geral anti-elisiva, coerente com a necessária ponderação e harmonização entre valores constitucionais conflitantes protegidos pelo Estado Democrático de Direito, que permite afirmar que não há como cogitar-se de sua inconstitucionalidade. A norma-geral anti-elisiva, na realidade, exerce função condizente com o caráter de compromisso (entre os objetivos do Estado liberal e do Estado social)^[14] próprio do Estado Democrático de Direito.^[15]

Também para Marco Aurélio Greco, o dispositivo introduziu inovações relevantes no ordenamento jurídico brasileiro^[16] e é perfeitamente constitucional pois, ao contrário do alegado pela corrente formalista, não agride a chamada legalidade estrita, não viola a tipicidade fechada e não instaura a tributação por analogia ou introduz a interpretação econômica no direito tributário.

Para este autor, o dispositivo sob análise, ao invés de agredir, prestigia a legalidade e a tipicidade (“quaisquer que sejam as respectivas amplitudes”) pois seu referencial básico é o fato gerador. Isto porque “Para que ocorra a hipótese de incidência da norma autorizadora da desconsideração é indispensável: 1) que exista a definição legal desse fato gerador, tipicamente descrito; e 2) que, materialmente, ocorra, embora dissimuladamente”.^[17] Desta forma, consoante a redação do dispositivo^[18], a ocorrência do fato gerador é pressuposto de aplicação da norma.^[19]

O artigo 116, parágrafo único, do CTN permite a aplicação da lei ao fato gerador *efetivamente* ocorrido (assim comprovado pelo Fisco), pois este é o referencial apontado no dispositivo, e, desta forma, o artigo não permite a aplicação da lei por extensão analógica a outro fato gerador, não previsto.^[20]

Quanto à alegação de que o dispositivo seria inconstitucional por introduzir a denominada interpretação econômica em nosso direito tributário, Marco Aurélio Greco esclarece, e nós concordamos, que a norma simplesmente não dispõe sobre essa matéria. Isto porque o parágrafo único do artigo 116 não trata da interpretação da lei tributária, mas apenas determina a aplicação da legislação tributária ao fato gerador ocorrido, não definindo quais critérios devem ser utilizados pelo Fisco na identificação do próprio fato gerador.^[21]

É prudente ressaltar, contudo, que a corrente doutrinária que defende uma interpretação aberta (valorativa) da norma tributária e a concessão de maiores poderes à administração tributária para a análise e desconsideração das situações que, embora juridicamente válidas,

mereçam a ineficácia perante à Fazenda porque contrárias à finalidade da norma ou atentatórias à capacidade contributiva, não é homogênea.

Enquanto para Ricardo Lobo Torres e Ricardo Lodi Ribeiro^[22] ^[23], o artigo 116, parágrafo único, do CTN se destina ao combate da elisão praticada com abuso de direito (elisão abusiva), para Marco Aurélio Greco, o artigo deve servir à desconsideração de negócios jurídicos que, embora não padeçam de qualquer vício (negócios que não caracterizem evasão fiscal ou sejam praticados com abuso de direito ou fraude à lei), sejam atentatórios à capacidade contributiva^[24] ^[25].

2.2. A Interpretação do Termo Dissimular e as Condutas a Serem Combatidas pela Norma Contida no Artigo 116, Parágrafo Único, do CTN

A eleição de uma ou de outra interpretação para a expressão *dissimular* utilizada na redação da norma depende do posicionamento que se adote em relação às divergências acima apontadas. Para os que defendem que o artigo 116, parágrafo único, é norma anti-evasiva, a expressão terá um significado, já para aqueles que defendem que o dispositivo serve ao combate à elisão praticada com abuso de direito, a expressão terá outro significado e, por fim, a expressão significará algo diverso para os que entendem que a norma pode servir ao combate dos planejamentos que não contenham vício mas que atentem contra os valores de justiça consagrados na Constituição.

Para os autores formalistas, a expressão *dissimular* é interpretada como sinônima de *simular*, e o artigo 116, parágrafo único, do CTN possuiria mera função de reforçar aquilo que a administração tributária já há muito efetuava na prática da fiscalização: a desconsideração de situações que configurem simulação. Para esta corrente, o parágrafo único não inovou no ordenamento pois a lei não teria criado uma disposição para evitar a elisão, quando abusiva ou praticada de forma a violar a capacidade contributiva, que permaneceria, tal qual preconizado pela doutrina clássica, sempre lícita, mas apenas reforçado o combate à simulação, enquanto forma de evasão fiscal.^[26]

Estes autores basearam sua interpretação na doutrina civilista, que considera a dissimulação como forma de simulação relativa.^[27] A teoria do direito civil ensina que há simulação absoluta pela declaração no sentido de que um negócio jurídico é celebrado quando, na realidade, nenhum negócio está sendo celebrado. Haveria simulação relativa pela ocultação de uma realidade subjacente ao negócio jurídico aparentemente praticado. Esta teoria identifica o ato dissimulado com o que encobre o ato negocial verdadeiramente praticado: “Enquanto na simulação a malícia atua dando aparência ao que não existe, na dissimulação dá-se o oposto: o objetivo é esconder o que existe”.^[28]

Na simulação, as partes, em conluio (*pactum simulationis*), proferem declaração enganosa de vontade (desacordo intencional entre a vontade real e a declaração de consentimento)^[29], celebrando negócio jurídico meramente aparente. Os negócios jurídicos simulados, quer na simulação absoluta quer na simulação relativa, são fictícios, frutos de uma ficção negocial. Os negócios objeto de requalificação com base na norma geral anti-elisiva, diferentemente, são verdadeiros: a ocorrência do fato gerador tipicamente descrito é pressuposto de aplicação da norma, como se depreende de sua própria redação.

Concordamos, neste ponto, com o argumento utilizado por Ricardo Lobo Torres para afastar a interpretação do termo *dissimular* como sinônimo de *simular*. Como explica o autor, “a desconsideração da autoridade administrativa refere-se a ato ou negócio jurídico realmente acontecido, sem qualquer simulação, absoluta ou relativa”. Isto porque a dissimulação prevista no artigo 116, parágrafo único, do CTN refere-se à ocultação da hipótese de incidência ou fato gerador abstrato e não ao fato gerador concreto. Ricardo Lobo Torres afasta a identidade entre dissimulação e simulação relativa para efeito de aplicação da requalificação prevista no artigo em comento pois este estaria “se referindo à dissimulação do fato gerador abstrato e não à simulação do fato gerador concreto”.^[30]

Cabe ressaltar que a experiência tem mostrado que a posição formalista, na defesa ilimitada das condutas elisivas, acaba por criar mais dificuldades que benesses ao contribuinte, cujo direito à auto-

organização visa, em tese, proteger. Isto porque um ordenamento que não regulamenta o abismo entre o lícito e o ilícito ao mesmo tempo em que, por vezes, sanciona condutas individuais abusivas ou contrárias aos princípios do Estado democrático fiscal, também permite ou, ao menos, não impede que a Administração tributária atue de forma desproporcional ao desconsiderar o planejamento do contribuinte.

A ausência de parâmetros, herança da legalidade estruturante de nosso modelo tributário, ao contrário do que, à primeira vista, possa parecer, não serve ao interesse sequer do contribuinte. A aceitação, no plano teórico-abstrato, de todo e qualquer planejamento tributário quando ausente conduta classificável como simulação, fraude ou sonegação (campo da evasão e da ilicitude penal), não significa que a Administração tributária se absterá de rever e desconsiderar planejamentos que se encontrem na zona cinzenta. Entender o contrário seria ingenuidade. A administração simplesmente não o fará sob a rubrica do abuso de direito ou da violação à capacidade contributiva, mas o fará pela ampliação do conceito de simulação, sem qualquer parâmetro que permita a defesa do contribuinte^[31].

A posição formalista radical propiciou, ao reafirmar a inexistência de regras para disciplinar a gama de condutas possíveis entre o formalmente lícito e o ilícito, uma ampliação do conceito de simulação, para abarcar situações outras que, tecnicamente, não se enquadram no conceito civilista.

Já para os autores que defendem que o dispositivo serve ao combate à elisão praticada com abuso de direito, a expressão *dissimular* usada pela norma anti-elisiva amplia os poderes da Administração tributária pois não se confunde com a expressão *simular*, rompendo com o tratamento dispensado ao planejamento tributário sob à égide do positivismo formalista. Estes autores diferenciam as expressões e entendem que, ao utilizar a expressão *dissimular*, a norma pretendeu combater a elisão abusiva, que não se confundiria com a simulação fiscal.

Ricardo Lodi Ribeiro ensina que a elisão abusiva se perfaz pelo alcance de economia fiscal pela escolha de forma jurídica permitida em lei que serve a ato ou fato jurídico com efeitos econômicos semelhantes aos do fato gerador do tributo.^[32] A nota característica do planejamento abusivo seria a esperteza que violaria a finalidade ou imperatividade da norma jurídica e, no limite, os princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva e da justiça e solidariedade fiscal.^[33]

Segundo o autor, a doutrina identifica vários mecanismos para a perpetração do abuso de direito, que seria um gênero com as seguintes espécies: “a fraude à lei, o abuso de forma, o abuso da personalidade jurídica das empresas e o descompasso entre a forma jurídica e a intenção econômica”. O traço comum destas várias espécies de abuso de direito, aponta o autor, seria o fato de que “em todas elas o titular de um direito procura exercê-lo em desacordo com os objetivos que fundamentaram a elaboração da norma, cujo amparo é por ele buscado”^[34], gerando um desencontro entre forma e substância.^[35]

Enquanto a simulação pressuporia a declaração enganosa de vontade e os negócios jurídicos simulados seriam fictícios, frutos de uma ficção negocial, entendem os defensores desta posição que, diferentemente, os negócios realizados com abuso de direito seriam reais, mas praticados de forma a burlar a finalidade da norma (sem ofendê-la de plano), escondendo resultados que a lei buscava atingir^[36].

Como enfatiza Ricardo Lobo Torres, o primado dos princípios teve como conseqüência natural na teoria da elisão fiscal a superação “das teses extremadas no sentido da sua ilicitude generalizada ou da licitude permanente”, ganhando força a ideia de que o planejamento tributário é forma legítima de economizar tributos, desde que não haja abuso de direito.^[37]

Marco Aurélio Greco^[38] igualmente distingue os termos *dissimular* e *simular* e entende que os negócios passíveis de requalificação segundo o procedimento previsto no artigo 116, parágrafo único, do CTN são negócios reais, efetivamente ocorridos. O autor diverge, contudo, ao entender que a norma contida no artigo pode servir

ao combate de planejamentos que embora não sejam praticados com abuso de direito contrariam o valor constitucional da capacidade contributiva. Em outras palavras, Marco Aurélio Greco não restringe o escopo da norma em comento ao combate ao planejamento executado com abuso de direito.

O autor explica que o CTN, em várias oportunidades, contempla a figura da simulação^[39], o que indica que a utilização da expressão *dissimular* no parágrafo único do artigo 116 foi intencional^[40]. O autor confere ao termo um sentido mais amplo pois percebe que o ponto central, o que define e constitui pressuposto para a incidência da norma, é a existência do fato gerador dissimulado, mascarado, e não a ocorrência da figuras da fraude à lei, do abuso de direito ou do negócio indireto.^[41]

O escopo da norma estudada deve, pois, ser buscado fora das hipóteses para as quais o ordenamento prevê remédio próprio, este foi o admirável esforço interpretativo de Marco Aurélio Greco, para quem a questão central é discernir se a “um determinado caso que configure fraude à lei ou abuso de direito e tenha o perfil previsto no parágrafo único do artigo 116 do CTN” poderá haver reação do ordenamento fora do artigo 116, parágrafo único.^[42]

O código civil de 2002 previu o abuso de direito, “embora a ele não se refira explicitamente”^[43] e o classificou, inequivocamente, como ato ilícito.^[44] Na visão do autor, com a qual concordamos, haja vista a unidade do ordenamento e a necessidade de tratamento uniforme da figura do abuso de direito (pelo direito civil e pelo tributário^[45]), “na hipótese de abuso de direito no campo tributário, haverá uma ilicitude e, portanto, deixará de ser caso de elisão”. Por conta do caráter ilícito do abuso de direito, em sendo a conduta praticada mediante abuso de direito não seria caso de desconsideração pelo artigo 116, parágrafo único, do CTN, mas de aplicação do artigo 149 do CTN e de lançamento automático por conta do ilícito cometido.^[46]

Quanto à fraude à lei, Marco Aurélio Greco esclarece que embora a fraude à lei frequentemente ocorra mediante dissimulação, a fraude

agride a imperatividade do ordenamento, a própria legalidade, sendo repudiada pelo ordenamento independentemente de recurso ao procedimento previsto no parágrafo único do artigo 116 do CTN. O tratamento dispensado para a fraude à lei na seara tributária deve ser uniforme em relação àquele adotado pelo direito civil^[47].

Para Marco Aurélio Greco a norma geral anti-elisiva pode servir ao combate aos planejamentos praticados sem abuso de direito ou fraude à lei, embasando-se a exigência tributária na eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva “em cotejo com a liberdade individual”. Para ele, a utilidade do dispositivo em comento estaria ancorada na permissão para a requalificação de condutas que não se enquadrariam no artigo 149 do CTN: “Simulação, fraude à lei e abuso de direito sofrem reações do ordenamento tributário independente do artigo 116 parágrafo único e comportam lançamento de ofício; portanto não se submetem às regras procedimentais específicas do dispositivo”.^[48]

Esta interpretação para o parágrafo único do artigo 116 do CTN permitiu a autonomização do debate da elisão, não mais restrito ao campo das patologias do ordenamento civil. O procedimento especial previsto no dispositivo tem objeto próprio, “o conjunto de hipóteses de dúvida na qualificação jurídica dos negócios jurídicos, especialmente em função da eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva diante de negócios indiretos não abusivos nem em *fraus legis*”.^[49]

Entendemos que esta última corrente doutrinária é mais consentânea com a proteção e promoção da capacidade contributiva, dando proeminência aos valores constitucionais de justiça em detrimento do mito da legalidade estrita.

Não seria compatível com o Estado democrático fiscal que o direito do contribuinte ao planejamento tributário possuísse caráter absoluto. Ao contrário, seu exercício deve estar condicionado à busca das funções social e econômica que lhe são próprias. Nem a irrestrita permissividade nem seu extremo oposto, o combate sem parâmetros do planejamento tributário, se coadunam com os ditames do Estado democrático fiscal. Negar-se por completo o direito ao planejamento

tributário pode significar a inviabilização de certa atividade econômica, investimento ou iniciativa que poderia gerar benefícios à comunidade, mas permitir o direito ao planejamento irrestrito pode ocasionar lesão à arrecadação tributária, veículo de promoção do bem estar social.

A adoção de uma norma geral anti-elisiva não significa aniquilação do direito ao planejamento.^[50] No embate entre segurança e justiça, entre liberdade individual e rateio da despesa pública, o Estado Democrático de Direito exige a solução do meio^[51], com regras para ambos os lados. Ricardo Lobo Torres entende que a norma geral anti-elisiva cumpre esta tarefa^[52], não aniquilando o direito ao planejamento mas permitindo que a Administração o requalifique se atentatório à justiça fiscal.

2.3. A Interpretação do Termo Poderá e a Subjetividade no Juízo de Requalificação

A reflexão sobre a carga de subjetividade ínsita à análise empreendida pela Administração na requalificação do planejamento tributário é nevrálgica. Devemos admitir uma realidade: quando utiliza a norma geral anti-elisiva para requalificar um negócio jurídico praticado pelo contribuinte a Administração necessariamente exerce um juízo subjetivo, vez que deve aferir a intenção do contribuinte.

A redação do artigo 116, parágrafo único, do CTN dispõe que “a autoridade administrativa *poderá* desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a *finalidade* de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”. (grifos nossos).

Entendemos que a norma geral antielisiva atribuiu faculdade à autoridade administrativa de requalificar as condutas que entenda possuírem a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador. O Fisco poderá ou não proceder à desconsideração do ato ou negócio jurídico. A nosso ver, a dúvida recai sobre qual seria o critério de eleição entre as duas possibilidades.

Ao atribuir faculdade e não impor um dever de desconconsideração, entendeu o legislador que nem todas as condutas com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador são antijurídicas (“o que está em sintonia com a ideia de que o dispositivo volta-se principalmente para as hipóteses de cotejo entre liberdade individual e eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva”^[53]). Desta forma, como compreende Ivan Taui Rodrigues, ao eleger o vocábulo *poderá* ao invés de *deverá*, o legislador retirou o procedimento de desconconsideração do regime clássico de atribuição de poderes-deveres estatais, do automatismo característico da atividade de lançamento tributário.^[54]

A mecânica do procedimento de desconconsideração é mais sofisticada pois a autoridade administrativa realiza investigação de cunho subjetivo. Enquanto no lançamento tributário, a realidade que se traduz na hipótese de incidência do tributo mostra-se nítida e passível de imediata captura pela autoridade administrativa, num processo de automática subsunção do fato à norma, nas operações planejadas, a autoridade administrativa empreende esforço de compreensão da realidade intersubjetiva com o intuito de requalificar os fatos e fazer surgir uma realidade alternativa à que, em um primeiro momento, se apresentava.

A atividade de interpretação do contexto intersubjetivo dos atos e negócios praticados empreendida pelo Fisco no procedimento de desconconsideração faz nascer uma realidade alternativa àquela que resulta da simples análise da literalidade dos documentos que embasam a operação e das formas jurídicas eleitas pelas partes. Neste sentido, a aplicação da norma anti-elisiva revela a existência de duas realidades, aquela que emerge da descrição dos fatos e formas jurídicas e uma alternativa^[55], que surge da compreensão do contexto intersubjetivo que animou os atos ou negócios praticados.

Se o Fisco poderá desconsiderar, o Fisco poderá eleger qual realidade considerar como geradora de efeitos tributários. Diante deste estado de coisas, é necessário que se defina qual critério autoriza o procedimento de desconconsideração da realidade fática “descrita” e a captura da realidade “compreendida”^[56].

A subjetividade parece inevitável.^[57] A problemática do planejamento tributário torna-se complexa “na medida em que carecendo ultrapassar o plano das formas visíveis para atingir “realidades” sinalizadoras de capacidade contributiva (distinta ou majorada), obriga-se a Autoridade Tributária a adentrar ao pantanoso terreno da subjetividade”.^[58]

Qualquer interpretação alternativa é fruto de um olhar subjetivo, pois as divergências não se encontram no plano dos fatos, não dependem de provas, mas no plano da qualificação jurídica que é dada aos fatos (sobre cuja existência não restam dúvidas)^[59]: “...neste tema não se está perante mera verificação de adequação direta da conduta do contribuinte a uma prescrição legal; entre a conduta e a lei medeia um ato ou negócio que precisa ser ponderado e avaliado”^[60].

Compreendermos que o Fisco possui faculdade e não dever de desconsiderar sob a rubrica do artigo 116, parágrafo único, do CTN, não significa que a atuação da administração possa ser discricionária, pautada em critérios de conveniência e oportunidade, o que violaria o princípio da impessoalidade. É necessário que busquemos racionalizar o mais que possível a atuação do Fisco através da criação de parâmetro que permita o controle da atividade administrativa.

Parte da doutrina aponta como possível parâmetro o princípio da boa-fé, enquanto valor a temperar a liberdade e a autonomia compatibilizando estes direitos com os valores de lealdade, cooperação e justiça, à luz da Constituição. Isto porque “em muitos planejamentos estamos perante situações nebulosas em que a dúvida quanto à qualificação jurídica dos fatos é relevante, em que ambos (Fisco e contribuinte) e *de boa-fé* podem chegar a conclusões díspares”^[61]. (grifo nosso).

No contexto do relacionamento entre contribuinte e Fisco, que freqüentemente (e naturalmente) exprime posições opostas diante da realidade^[62], a boa-fé pode ser compreendida no conceito de extensa colaboração. Dizer que a relação entre Fisco e contribuinte deve pautar-se pela boa-fé significa que deve ser travada com lealdade recíproca e

colaboração com vistas à satisfação concomitante do interesse do contribuinte e dos direitos alheios.

O tema foi explorado em detalhes por Ivan Tauil Rodrigues. Segundo o autor, a aplicação do princípio da boa-fé como modelo de conduta para o contribuinte e para a Administração pressupõe que os dois pólos da relação jurídico-tributária tenham comportamento condizente com os valores ínsitos na boa-fé, a fidelidade, a honestidade, a veracidade, a coerência, a ponderação, o respeito. Nesta esteira, considera ser contrário à boa-fé todo ato ou conduta inseridos em um procedimento tributário que se dirija a impedir, entorpecer, perturbar, desconsiderar ou atrasar o exercício de um direito ou de uma faculdade ou que pretenda converter em impossível, difícil, oneroso ou prolongado o cumprimento de uma obrigação ou de um dever da outra parte.^[63]

O princípio da boa-fé, enquanto princípio geral de direito tributário e de direito público, é apontado pelo autor como chave para a racionalização do procedimento de desconsideração. O espírito de lealdade social em que se traduz este princípio deve, pois, orientar a decisão sobre desconsideração e requalificação dos negócios jurídicos.

Como explica o autor, o procedimento de desconsideração deverá abranger investigação de todas as causas da operação estruturada e considerar todas as conseqüências de sua potencial desconsideração, de forma a antever as implicações sobre o meio social. A boa-fé seria o elemento capaz de validar condutas que, embora acarretem redução da carga tributária e possam ter sido praticadas com dissimulação, harmonizam-se com os valores de justiça protegidos pelo ordenamento jurídico-constitucional.

Quanto à abordagem específica da boa-fé no planejamento tributário^[64], Ivan Tauil Rodrigues propõe que o intérprete coteje, simultaneamente, o elemento subjetivo, o *animus* do contribuinte que entende adequado valer-se de tal ou qual interpretação da letra da lei ou eleger tal ou qual forma jurídica para seu negócio, e os elementos objetivos, os efeitos jurídicos, sociais e econômicos, emanados da conduta adotada pelo contribuinte, compreendidos em sua

harmonização ou não com os valores do ordenamento jurídico-constitucional.

É esta análise complexa que permitirá ao Fisco perquirir acerca da existência de boa-fé na conduta do contribuinte (a boa-fé como modelo de conduta)^[65], que justifique o afastamento de penalidades e mesmo da tributação majorada.

Se entendemos que a autoridade fiscal *poderá* ou não desconsiderar o planejamento tributário, ela *poderá* optar por não desconsiderar as condutas que sejam de boa-fé, que, embora reduzam a carga tributária pelo uso de forma alternativa, não atinjam os valores constitucionais de justiça. Este entendimento traz conseqüências e desdobramentos relevantes para a tributação e penalização da conduta do contribuinte.

No tocante à aplicação de penalidades aos planejamentos requalificados, como pode haver dúvida razoável quanto à qualificação jurídica de determinado ato ou negócio, é possível defender que quando o contribuinte agir de boa-fé, sendo sua conduta de extensa colaboração com o Fisco, as penalidades deverão ser afastadas. Esta conclusão resulta, inclusive, de uma interpretação possível do artigo 112 do CTN, que, como destaca Marco Aurélio Greco, confere relevância à dúvida quanto à capitulação do fato: “...se existe dúvida relevante e o contribuinte agiu de boa-fé, há espaço para se reconhecer configurada hipótese do artigo 112, I do CTN e, portanto, concluir que não ocorreu o pressuposto de fato da penalidade”.^[66]

Neste ponto, é defensável, inclusive, que não apenas a multa punitiva e a multa de mora devam ser afastadas mas também os juros de mora desde que o contribuinte tenha efetuado, dentro do prazo legal, o recolhimento do tributo que reputou devido, considerando a qualificação jurídica por ele originalmente adotada, vez que o fez de boa-fé e a interpretação que adotou era razoável (por existir dúvida quanto à qualificação).

Para além do afastamento de penalidades, alerta Ivan Tauil Rodrigues que podemos compreender que em determinados casos o Fisco deva evitar a requalificação e, desta forma, afastar a própria imposição majorada de tributos (que decorreria da requalificação). Como já explicamos, o Fisco poderá ou não requalificar o planejamento e esta faculdade deve ser exercida através de uma análise complexa que leve em conta e pondere os valores do ordenamento jurídico-constitucional. Sendo, por exemplo, o pleno emprego e o desenvolvimento econômico valores consagrados na ordem constitucional brasileira, a Autoridade tributária pode optar por não requalificar um planejamento caso a requalificação implique na inviabilização de atividade econômica ou investimento apto a gerar emprego e desenvolvimento.

Esta análise complexa, que poderá resultar no afastamento da requalificação e da tributação (majorada) dela resultante, deve servir à ponderação entre os benefícios sociais que advirão da realização da atividade pretendida pelo contribuinte e os benefícios que a eventual requalificação irá operar para a sociedade. Desta forma, quando o resultado da operação, do negócio jurídico praticado pelo contribuinte (por exemplo, a geração de elevado número de postos de trabalho) levar a um grau mais elevado de alcance dos objetivos constitucionais do que levará a requalificação da operação (maior arrecadação para as Fazendas), o Fisco poderá optar por não requalificar o planejamento.

É possível, nesta esteira, entender que será conforme à boa-fé a conduta do contribuinte quando a desconsideração significar anulação ou redução (que implique em desestímulo a qualquer agente econômico para a realização da atividade ou do investimento^[67]) dos resultados econômicos de atividade ou investimento, desde que a atividade ou investimento promovam os valores constitucionais do pleno emprego e do desenvolvimento.^[68]

3. Conclusões Finais

Finalizamos nossa exposição sobre o árduo tema, que tomamos em reflexão sem a pretensão de esgotar, concluindo que o crivo da

legitimidade de qualquer planejamento tributário está em sua conformidade com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Como vimos, a elisão fiscal não é em si fato antijurídico, diferentemente da sonegação, da fraude contra a lei e do furto, condutas que foram historicamente repelidas social e juridicamente.

Todavia, como tivemos a oportunidade de refletir, as condutas formalmente compatíveis com a norma mas violadoras dos valores constitucionais de justiça não merecem prosperar.

O direito ao planejamento tributário deve, pois, ser exercido de forma responsável, com a devida deferência e adequação aos fins sociais, políticos e jurídicos.

4. Referências Bibliográficas

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. Dialética, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KUGLER, Hebert Morgenstern; NAKAYAMA, Taryta. Da aplicação do princípio da boa-fé objetiva em questões tributárias: teoria e prática. *In Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 105, 2012.
- LOTT, Maíra Carvalhaes. O Alcance e as Limitações do Planejamento Tributário no Brasil – Uma Abordagem Conceitual e Crítica. *In Revista Dialética de Direito Tributário* n. 210, 2013.
- Matthew Gilleard. *US tax reform: The long and winding road*. *In International Tax Review*. July 1, 2013.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral – vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Cabimento e Dimensionamento das Penalidades por Planejamentos Fiscais Inaceitáveis (Breves Notas). *In Revista Dialética de Direito Tributário* n. 197.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Elisão tributária e função administrativa*. São Paulo: Dialética, 2001.

REIS, Hércio Lafetá. Planejamento Tributário Abusivo: Violação da Imperatividade da Norma Jurídica. In *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 209, 2013. p. 60.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos depois da LC nº104/01. In *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 159, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal*. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.

OECD, *Economic Policy Reforms 2012: Going for Growth*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/growth-2012-en>

Preventing base erosion – The great BEPS debate. In *International Tax Review*. July 1, 2013.

Simple, Fair and Pro-Growth: Proposals to Fix America's Tax System: Report of the President's Advisory Panel on Federal Tax Reform. Disponível em: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Simple-Fair-and-Pro-Growth-Proposals-to-Fix-Americas-Tax-System-11-2005.pdf>.

The President's Framework for Business Tax Reform: a Joint Report by the White House and the Department of the Treasury. Disponível em: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/The-Presidents-Framework-for-Business-Tax-Reform-02-22-2012.pdf>.

Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's fiscal year 2013 Proposals. Disponível

em: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/General-Explanations-FY2013.pdf>.

NOTAS:

[1] A justiça fiscal tem sido tema de diversos fóruns internacionais. A preocupação da comunidade internacional com a evasão de tributos se faz sentir em diversas publicações, entre as quais, a título ilustrativo, podemos destacar as seguintes: A OCDE, na publicação *Economic Policy Reforms: Going for Growth*, em 2012, analisou alternativas na área da política financeira e tributária que poderiam, teoricamente, a um só tempo, reduzir a desigualdade de renda da população e promover o crescimento econômico dos países membros. O BEPS Project (*base erosion and profit shifting project*) visa cuidar especificamente do problema da erosão da base tributável através do que se identifica como planejamento tributário agressivo. Para um panorama interessante do tema e sobre a posição dos atores da comunidade internacional ver, entre outros: *Preventing base erosion – The great BEPS debate. In International Tax Review*. July 1, 2013. Já a preocupação do governo norte-americano com o tema da erosão da base tributável é veiculada nas publicações *Technical Explanation of the Ways and Means Discussion Draft Provisions to Establish a Participation Exemption System for the Taxation of Foreign Income*, do Staff of the House Ways and Means Committee (2011), *Simple, Fair and Pro-Growth: Proposals to Fix America's Tax System: Report of the President's Advisory Panel on Federal Tax Reform* (2005), *The President's Framework for Business Tax Reform: a Joint Report by the White House and the Department of the Treasury* (February, 2012), e *Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2013 Proposals* (February, 2012); entre outros. Para uma visão das posições dos atores, nos Estados Unidos, sobre o tema do planejamento tributário agressivo nos ver: Matthew Gilleard. *US tax reform: The long and winding road. In International Tax Review*. July 1, 2013.

[2] RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos depois da LC nº 104/01. *In Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, 2008. p. 89.

[3] A natureza de norma-antielisiva do artigo 116, parágrafo único, é controversa. Para Ricardo Lobo Torres o dispositivo é verdadeira norma anti-elisiva: "O art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104, de

10/01/2001, é uma autêntica norma geral antielisiva, e não uma regra antievasiva”. TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 54. Já para Marco Aurélio Greco a natureza do dispositivo não está clara: “Creio, porém, que não é o momento de proceder a uma crítica ao modelo introduzido no artigo 116 do CTN que, a rigor, não está muito claro se é uma verdadeira norma antielisão ou antiabuso.” GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. Dialética, 2011. p. 543. Nos parece, contudo, que a divergência entre os dois autores é, neste aspecto particular, aparente ou cinge-se à nomenclatura, pois Ricardo Lobo Torres entende a norma como antielisiva para contrapô-la às normas antievasivas, enquanto Marco Aurélio Greco entende que pelo fato de alguns autores restringirem a aplicabilidade da norma ao combate do planejamento efetuado com abuso de direito, a norma poderia ser caracterizada, nesta linha, como antiabuso.

[4] RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos depois da LC nº 104/01. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, 2008. p. 105.

[5] Tradicionalmente, a elisão fiscal é entendida e diferenciada da evasão fiscal no seguinte sentido: “Há entre elas um abismo significativo. A elisão fiscal, segundo a concepção que adotamos, é atividade lícita de busca e identificação de alternativas que, observados os marcos da ordem jurídica, levem a uma menor carga tributária. Essa atividade, também chamada “planejamento tributário”, requer o manejo competente de duas linguagens: a do direito positivo e a dos negócios, e, portanto, não se restringe à descoberta de lacunas ou “brechas” existentes na legislação (...) Evasão ou sonegação fiscal, por outro lado, é resultado de ação ilícita com pena restritiva de liberdade e de multa pecuniária.” ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

[6] TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. vii. Como bem explica Ricardo Lobo Torres, outra corrente positivista contemporânea do positivismo formalista e defensora de posição igualmente radical foi o positivismo historicista e economicista. Enquanto a primeira corrente “defendia o amplo espectro da elisão como instrumento lícito de planejamento”, a segunda “rejeitava qualquer prevalência da forma sobre o conteúdo ou a coincidência entre ambos”.

[7] “Estabelecer uma linha divisória entre a elisão fiscal e a sonegação fiscal é discernir o lícito do ilícito.” ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

[8] “No Brasil, o problema é particularmente grave porque inexistia legislação sobre o assunto e prevalecia a ideia, eminentemente positivista, de que qualquer elisão seria lícita, porque coincidiria sempre com a liberdade de iniciativa e se apoiaria nos conceitos de direito civil. TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 1.

[9] No Estado democrático de direito, a tutela da segurança jurídica não pode comprometer a tutela da justiça, como ensina Marco Aurélio Greco: “... não é pura e simplesmente invocar a legalidade, a proteção ao patrimônio e a liberdade, é também invocar a solidariedade, a capacidade contributiva e a isonomia. A composição dos conflitos concretos não se resolve pela invocação de um único princípio. A solução dos conflitos concretos, na medida em que estamos num Estado Democrático de Direito, passa pela reunião de valores do Estado de Direito e valores do Estado Social; a solução dos conflitos concretos será a resultante da composição de valores naquilo que eles não se contradisserem; ou seja, prestigia-se um, mas também prestigia-se outro. Não se anula um com o outro, não se exclui um pelo outro.” GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária. São Paulo: Dialética, 1998. p. 29.

[10] “A voz discordante é a de Alberto Xavier, jurista de índole formalista...” TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 23.

[11] “O novo parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional refere-se à figura da simulação, considerada na teoria geral do Direito como um dos vícios que afetam o elemento vontade dos atos ou negócios jurídicos, a par do erro, do dolo, da coação e da reserva mental. Não se trata, como é evidente (como não poderia tratar-se, dada a sua inconstitucionalidade, como adiante se demonstrará) de uma “cláusula geral antielisiva””. XAVIER, Alberto. Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001. p. 52.

[12] “A interpretação do direito tributário se faz a partir das posições firmadas no campo da teoria geral da interpretação: a

jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores. A jurisprudência dos conceitos projetou para o campo fiscal a interpretação formalista e conceptualista. A jurisprudência dos interesses se transformou na “chamada” interpretação econômica do fato gerador. A jurisprudência dos valores, que nas últimas décadas passou a prevalecer em todas as nações cultas, substituiu as duas outras ao atrelar a interpretação jurídica aos princípios éticos e jurídicos vinculados à liberdade, segurança e justiça”. Ricardo Lobo Torres explica que as interpretações do positivismo formalista e do economicista, fundadas, respectivamente, na jurisprudência dos conceitos e dos interesses, ambas, caminharam para a exacerbação de suas teses: “O conceptualismo levou ao abandono da consideração da situação econômica e social e à convicção ingênua de que a letra da lei tributária capta inteiramente a realidade (...) A interpretação econômica transformou-se na defesa do incremento da arrecadação do fisco...” TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 11-13.

[13] São defensores da constitucionalidade do dispositivo em comento e da possibilidade e conveniência da existência de normas antielisivas no direito brasileiro, entre outros, Ricardo Lobo Torres, Ricardo Lodi Ribeiro e Marco Aurélio Greco. Ibid. p. 2-3.

[14] “... não é necessário e nem possível um retorno à concepção liberal do Estado, segundo a qual, “direitos fundamentais são apenas direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas de princípio e obrigatórias para todos os domínios do direito” (...) E se – impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a idéia da auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo, necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o

que significa: mais corretas por serem equitativas).” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 325-326

[15] “... não pode haver nenhuma incompatibilidade da norma antielisiva com o Estado de Direito, senão até que se tornou necessidade premente nas principais nações democráticas na década de 1990; (...) em nenhum país democrático levantou a doutrina a tese da inconstitucionalidade, e muito menos a declararam os Tribunais Superiores...” TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal*. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 3.

[16] GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário. Dialética*, 2011. p. 553.

[17] *Ibid.* p. 545-547.

[18] “Art. 116 (...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

[19] “A norma em questão não autoriza a exigência de tributo em relação a hipótese que não configure fato gerador; não autoriza a exigência sem lei ou fora dos tipos que a lei pertinente tiver previsto; não cria fato gerador novo!” GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário. Dialética*, 2011. p. 548.

[20] “A vedação da analogia, no que se refere à amplitude e aplicabilidade da previsão legal do fato gerador, continua intacta. Se a lei prevê como fato gerador o fato “A”, não cabe utilização da analogia para estender a previsão para alcançar o fato “B”. Porém, se a lei prevê o fato “A” e se o fato “A” ocorreu disfarçado de fato “B”, então cabe a desconsideração para assegurar que a lei incida sobre o fato “A”. Este é o sentido do parágrafo único ora comentado.” *Ibid.* p. 552-553.

[21] “O dispositivo comentado não autoriza, nem desautoriza, a utilização da interpretação econômica; (...) seu objetivo é assegurar que, se o fato gerador legalmente previsto efetivamente ocorreu, a circunstância de estar disfarçado ou travestido de outro fato não afasta a incidência da lei tributária (...) Ou seja, depois que vier a ser verificada a ocorrência do fato gerador – mediante a utilização dos critérios de interpretação da lei que forem pertinentes – a este fato gerador deverá ser aplicada a legislação tributária. *Ibid.* p. 551-552.

[22] Entre os autores, no Brasil, que defendem o combate à elisão com base no abuso de direito, podemos destacar: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; e TORRES, Ricardo Lobo, *Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal*. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013; entre outros.

[23] Ricardo Lodi Ribeiro assevera que o combate à elisão abusiva não se trata de “uma posição contra ou a favor da elisão, mas sim, procurar estabelecer princípios e normas antielisivas para evitar o abuso do direito ao planejamento fiscal, a partir de uma metodologia jurídica capaz de ponderar a segurança jurídica com a justiça.” RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos depois da LC nº 104/01*. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, 2008. p. 91.

[24] O próprio Ricardo Lodi Ribeiro destaca esta divergência doutrinária entre os autores e contrapõe a posição de Marco Aurélio Greco no seguinte sentido: “se não há ilicitude ou abuso de direito, o ordenamento jurídico não tem como admitir a desconsideração do ato praticado pelo contribuinte com base na capacidade contributiva considerada fora das possibilidades oferecidas pela literalidade do texto da lei...” Ibid. p. 104 e 105.

[25] Cesar A. Guimarães Pereira destaca a importância do pensamento de Marco Aurélio Greco na seara da elisão fiscal. Em estudo aprofundado sobre o tema, no qual aborda diversas concepções doutrinárias sobre o tema da elisão fiscal, o autor destaca a singularidade do pensamento de Marco Aurélio Greco: “As opiniões examinadas nos itens anteriores (com exceção, em alguns tópicos, das de Almícar de Araujo Falcão e de Aliomar Baleeiro) adotam concepções próximas entre si acerca da elisão tributária (...) o estudo de Marco Aurélio Greco acerca da elisão tributária assume importância capital. Sugere modificação radical no pensamento brasileiro sobre a economia de tributos e o planejamento tributário.” PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Elisão tributária e função administrativa*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 91-92.

[26] Como explica de forma elucidativa Ricardo Lobo Torres: “Desde a publicação da Lei Complementar nº 104, de 2001, surgiu a dúvida por parte da doutrina brasileira: tratava-se de regra antielisiva ou antievasiva (antissimulação)? Coube à Alberto Xavier lançar, de modo mais articulado, a tese de que se cuidava de norma antievasiva.” TORRES,

Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 2. Como aponta Ricardo Lobo Torres, outros expoentes que filiam-se a esta corrente doutrinária são: Ives Gandra da Silva Martins, Misabel Abreu Machado Derzi e Heleno Taveira Torres. Além da simulação, Ricardo Lobo Torres destaca que a evasão ilícita compreende as seguintes condutas, definidas como crime pela lei penal: sonegação, conluio e fraude contra a lei, que diferencia de fraude à lei (que seria para ele uma forma de elisão abusiva). Ibid. p. 10 e RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos depois da LC nº 104/01. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, 2008. p. 95.

[27] TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 49. Conforme afirma o civilista Paulo Nader, referindo-se à doutrina do direito civil: “No campo doutrinário, a dissimulação é denominada por *simulação relativa*”. NADER, Paulo. Curso de direito civil, parte geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 445.

[28] Ibid. p. 445.

[29] NADER, Paulo. Curso de direito civil, parte geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 445. “Do conceito de ato simulado, depreendem os seguintes requisitos: a) conluio entre os figurantes do negócio jurídico; b) divórcio entre a vontade real e a declarada; c) objetivo de burlar a lei ou de enganar a terceiros, alcançando algum proveito” Ibid. p. 446.

[30] TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 49-51.

[31] Como esclarece Ricardo Lodi Ribeiro: “Com a introdução da cláusula antielisiva e a rejeição parlamentar da regulamentação, as autoridades fiscais passaram a combater o abuso de direito sob o pálio da simulação (...) o Fisco passou a não mais ter interesse na regulamentação da cláusula antielisiva, pois passou a combater a elisão abusiva pelos mecanismos normais da ilicitude” RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos depois da LC nº 104/01. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, 2008. p. 104. Ainda, no mesmo sentido: “independentemente da discussão sobre a necessidade de regulamentação da cláusula antielisiva para o combate a elisão abusiva, a discussão foi atropelada pela jurisprudência administrativa federal, que a

despeito de não fazer expressa referência ao parágrafo único do artigo 116, não considera eficaz a elisão praticada com abuso de direito (...) Assim, a tendência verificada, até o momento, é de alargamento dos limites da simulação e da evasão fiscal, para condutas que outrora eram aceitas pelas autoridades administrativas. Na prática, atos que eram lícitos passaram a ilícitos sem nunca terem sido considerados abusivos”. Ibid. p. 105 e 106. Verificando a mesma tendência: “... para afastar a incidência do abuso de direito, a jurisprudência brasileira tem-se valido da ampliação do conceito de simulação, como rótulo para tudo aquilo do que discorda a Administração Fiscal, sem prévia definição de parâmetros.” LOTT, Maíra Carvalhaes. O Alcance e as Limitações do Planejamento Tributário no Brasil – Uma Abordagem Conceitual e Crítica. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 210, 2013. p. 69.

[32] Neste sentido, Ricardo Lodi Ribeiro destaca a similitude entre os efeitos do ato escolhido pelo contribuinte com o fato gerador efetivamente praticado como elemento essencial para a configuração da elisão abusiva: “A similitude é da essência da elisão abusiva, uma vez que o contribuinte promove uma analogia às avessas, procurando um fato que tenha os mesmos efeitos econômicos, mas que não seja tributado na mesma proporção, para mascarar a ocorrência do fato gerador”. Destaca também a essencialidade da legalidade da forma jurídica escolhida pelo contribuinte para a caracterização da elisão abusiva: “É essencial também, para a caracterização do abuso de direito (...) que a formula utilizada pelo contribuinte para ocultar a ocorrência do fato gerador seja, se analisada de per si, lícita...”. RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos depois da LC nº 104/01. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, 2008. p. 93.

[33] REIS, Hércio Lafetá. Planejamento Tributário Abusivo: Violação da Imperatividade da Norma Jurídica. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 209, 2013. p. 60.

[34] RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos depois da LC nº 104/01. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, 2008. p. 94. O estudo dos vários mecanismos foge ao intuito deste trabalho, para o qual devemos ter em mente a clara noção quanto ao gênero abuso de direito.

[35] “Outra característica comum ao direito tributário e ao direito civil é a posição de gênero que vai ocupando o abuso de direito, que passa a compreender as diversas figuras que culminam no

desencontro entre forma e substância”. TORRES, Ricardo Lobo, Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 24.

[36] “São claramente diferenciados, pois na simulação se cria uma aparência que oculta a realidade; enquanto no abuso de direito, se materializam negócios jurídicos desejados pelas partes, reais em seu conteúdo e execução, mas, ainda que singularmente lícitos, escondem resultados que a lei buscava atingir e que defluem dos atos efetivamente praticados” RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos depois da LC nº 104/01. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, 2008. p. 94.

[37] TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 54-55.

[38] Marco Aurélio Greco explica que, diferentemente da norma que foi adotada no artigo 116, parágrafo único, do CTN, defendeu a introdução de uma norma geral antielisiva que fosse, concomitantemente: “1) restrita ao campo do imposto sobre a renda (não aplicável a todos os tributos); 2) precedida de um ajuste de valores de bens a valor de mercado; 3) que atribuísse competência a um órgão colegiado e não a uma “autoridade administrativa” (expressão que abrange um órgão unipessoal); 4) que disciplinasse um procedimento no âmbito do qual fosse instaurado um debate quanto às práticas lícitas do contribuinte, antes da lavratura do auto de infração; 5) que alcançasse apenas as práticas que não tivessem razões extratributárias que as justificassem; 6) em que tais práticas configurassem abuso de direito ou fraude à lei; e 7) que, na sua aplicação concreta, o modelo comportasse exigência do tributo, sem aplicação de penalidades.” GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. *Dialética*, 2011. p. 542-543.

[39] Artigos 149, VII; 150, § 4º; 154, parágrafo único; e 155, I.

[40] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. *Dialética*, 2011. p. 553.

[41] *Ibid.* p. 555.

[42] *Ibid.* p. 556.

[43] TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 20.

[44] “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

[45] “O abuso do direito em ambas as áreas jurídicas deve ser interpretado segundo o princípio da unidade do direito (...) Não há fratura nem colisão entre direito civil e direito tributário” TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 22-24.

[46] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. Dialética, 2011. p. 556.

[47] “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...)

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; ...”

[48] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. Dialética, 2011. p. 557.

[49] Ibid. p. 557. O autor destaca que os que defendem que as figuras do abuso de direito e da fraude à lei não tem aplicação no direito tributário brasileiro enquanto não sobrevier lei expressa prevendo-as poderiam entender seu raciocínio como comprometido. Para explicar o equívoco desta objeção distingo (i) abuso de direito e fraude à lei *por definição legal*, de (ii) abuso de direito e fraude à lei identificados a partir de *características fáticas* de atos ou negócios praticados e corretamente esclarece que nesta segunda acepção estas categorias são aplicáveis a qualquer campo do direito, pois são categorias gerais do direito e não ampliam ou modificam o sentido ou o alcance da lei tributária, estando situadas no plano dos fatos. Assim o seria porque “O abuso é corolário do uso regular do direito” e “A fraude à lei é decorrência da legalidade e da imperatividade do ordenamento positivo, como um todo, e da norma jurídica específica”. Ibid. p. 558-559.

[50] “O advento da norma antielisiva, portanto, não sinaliza pura e singularmente o repúdio social ao planejamento tributário, mas de modo distinto, representa o anseio de responsabilização social das práticas de estruturação de operações e negócios, visando adequá-los aos fins sociais, políticos e jurídicos inscritos ou depreendidos da Carta Constitucional...” RODRIGUES, Ivan Taulil. O Princípio Jurídico da Boa-fé e o Planejamento Tributário. O Pilar Hermenêutico para a Compreensão de Negócios Estruturados

para obter Economia Tributária. Revista Dialética de Direito Tributário n. 93. p. 36.

[51] “Nestes conflitos, seja do realismo versus o formalismo, seja da liberdade individual versus a participação nos encargos coletivos, entendo que não podemos assumir posições absolutas ou radicais...” GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária. São Paulo: Dialética, 1998. p. 33.

[52] O autor elenca este entre outros vários argumentos no sentido de que o artigo 116, parágrafo único, é uma verdadeira norma *antielisiva* e não uma norma *antievasiva* ou *antissimulação*. Dentre os demais argumentos trazidos destacamos seguintes: “não pode haver nenhuma incompatibilidade da norma antielisiva com o Estado de Direito, senão até que se tornou necessidade premente nas principais nações democráticas na década de 1990”; “as teses da legalidade “estrita” e da tipicidade “fechada” têm conotação fortemente ideológica e se filiam ao positivismo formalista e conceptualista”. TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2013. p. 3.

[53] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. Dialética, 2011. p. 564.

[54] RODRIGUES, Ivan Tauil. O Princípio Jurídico da Boa-fé e o Planejamento Tributário. O Pilar Hermenêutico para a Compreensão de Negócios Estruturados para obter Economia Tributária. Revista Dialética de Direito Tributário n. 93. Não ignoramos a existência de viva controvérsia sobre o significado do termo *poderá*. Entretanto, entendemos que sua interpretação como poder-dever configura um desperdício do potencial da norma geral anti-elisiva pois pode-se usar a flexibilização à legalidade estrita trazida pela redação do artigo a favor da concretização dos valores constitucionais de justiça fiscal.

[55] Marco Aurélio Greco explica, ao dissertar sobre o juízo que a autoridade administrativa empreende na requalificação do planejamento tributário, que “...este tipo de situação difere da situação normal que a fiscalização tributária enfrenta. Não se trata de, meramente, realizar um único juízo de adequação da conduta à norma. Trata-se de elaborar dois passos distintos: um primeiro, identificando a qualificação jurídica adequada das condutas realizadas e, um segundo – que depende do primeiro – consistente num juízo de adequação da conduta (assim qualificada) à respectiva norma aplicável. Este primeiro passo não envolve apenas a interpretação dos fatos, mas, principalmente,

uma ponderação de elementos subjetivos, finalidades, intenções, o que faz com que a qualificação daí resultante também incorpore a ponderação de valores. Disto decorre que a atividade exercida não é de mera execução do direito posto, mas, fundamentalmente, de “construção” de uma realidade.” GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. Dialética, 2011. p. 572-573.

[56] “Uma vez que subjacente à relação entre Fisco e contribuinte está o binômio autoridade/liberdade, daí surgir a pergunta inversa: e contra os excessos cometidos pelo contribuinte com base na sua liberdade? Contra os excessos da liberdade existe um arsenal jurídico e uma tecnologia para reconduzir tais condutas ao parâmetro da razoabilidade, ou não? Na minha opinião, devemos ter.” GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária. São Paulo: Dialética, 1998. p. 84.

[57] “Não se pode ignorar, também, que aceitar ou não aceitar algo como bom ou como ruim em material de organização tributária depende imensamente do ser humano que emita um juízo desta natureza, inclusive da atividade a que essa pessoa se dedique e da sua formação (...) A vida tem exposto situações dramáticas, de autos de infração caracterizados como fraudulentos, por conseguinte sujeitos à multa qualificada e representação criminal, casos em que pessoas naturais ou jurídicas foram orientadas por profissionais experientes, cujos contribuintes manifestaram genuína surpresa pela ação fiscal e pela extensão da mesma, algumas vezes comprometendo a própria sobrevivência da empresa ou o patrimônio antes amealhado justamente. Há casos em que os próprios profissionais criadores ou aprovadores do planejamento não entenderam a simples possibilidade da acusação fiscal, tanta era a sua convicção pessoal sobre a validade da prática adotada.” OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Cabimento e Dimensionamento das Penalidades por Planejamentos Fiscais Inaceitáveis (Breves Notas) in Revista Dialética de Direito Tributário nº 197. p. 140.

[58] RODRIGUES, Ivan Tauil. O Princípio Jurídico da Boa-fé e o Planejamento Tributário. O Pilar Hermenêutico para a Compreensão de Negócios Estruturados para obter Economia Tributária. Revista Dialética de Direito Tributário n. 93. p. 44.

[59] “...o juízo sobre a adequação, ou não, da conduta do sujeito passivo à lei depende de um juízo prévio quanto à qualificação jurídica de determinados atos ou negócios. Ou seja, os mesmos atos ou negócios – sobre os quais não paira qualquer dúvida quanto à sua existência – recebem da parte do sujeito passivo

determinada qualificação jurídica, enquanto o Fisco entende que eles estão revestidos de outra qualificação jurídica”. GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. Dialética, 2011. p. 572-573.

[60] Ibid. p. 580.

[61] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. Dialética, 2011. p. 564.

[62] “Enquanto o Fisco, mui justamente, busca assegurar a maior eficácia e aplicabilidade da previsões tributárias todos aqueles que se encontrem na situação prevista em lei (eficácia positiva da capacidade contributiva e da isonomia), o contribuinte busca encontrar os caminhos legais que lhe sejam tributariamente menos onerosos.” Ibid. p. 578.

[63] RODRIGUES, Ivan Tauil. O Princípio Jurídico da Boa-fé e o Planejamento Tributário. O Pilar Hermenêutico para a Compreensão de Negócios Estruturados para obter Economia Tributária. Revista Dialética de Direito Tributário n. 93. p. 38.

[64] “Por ser um princípio geral de direito, o âmbito de aplicação do princípio da boa-fé objetiva extrapola o campo do direito privado e alcança, igualmente, as matérias atinentes ao direito público, como o direito administrativo e tributário (...) inclusive, poder-se-ia invocar o comando do art. 108, III, do CTN, para defender a aplicação do princípio da boa-fé ao direito tributário”. p. 352-353.

[65] “...a boa-fé objetiva revela-se como um modelo, um arquétipo, objetivo de conduta, centrado no exigência de lealdade, o qual se volta à proteção de expectativas criadas. Mediante sua aplicação, o Direito procura prestigiar as expectativas depositadas pelas pessoas no comportamento correto e leal de suas contrapartes, em quaisquer de suas relações, sejam elas contratuais ou não”. KUGLER, Hebert Morgenstern; NAKAYAMA, Taryta. Da aplicação do princípio da boa-fé objetiva em questões tributárias: teoria e prática. Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 105, 2012. p. 347.

[66] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. Dialética, 2011. p. 564. “...nos planejamentos tributários imperfeitos por qualquer motivo jurídico, se o art. 112 não chega a conduzir ao total cancelamento de lançamentos fiscais contra eles promovidos, certamente impede a aplicação da multa em sua graduação mais elevada.” OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Cabimento e Dimensionamento das Penalidades por Planejamentos Fiscais

Inaceitáveis (Breves Notas) in Revista Dialética de Direito Tributário nº 197. p. 144.

[67] “como, por exemplo, se levados a níveis inferiores aos ganhos que seriam obtidos se remunerados os recursos e valores envolvidos pela taxa básica de juros da economia no momento de sua realização”. RODRIGUES, Ivan Tauil. O Princípio Jurídico da Boa-fé e o Planejamento Tributário. O Pilar Hermenêutico para a Compreensão de Negócios Estruturados para obter Economia Tributária. Revista Dialética de Direito Tributário n. 93. p. 43-44.

[68] “Vale dizer, não é eticamente reprovável a utilização de formas ou negócios que, garantindo menor onerosidade tributária, viabilizam atividades ou operações cujos resultados finais não despertariam interesse a qualquer agente econômico, se considerada a tributação oriunda de sua desconsideração ou reenquadramento”. Ibid. p. 43.

A CONSTITUIÇÃO DE 1937 E A DITADURA ESTADONOVISTA

JEAN CHARLES DE OLIVEIRA BATISTA: Advogado (OAB/BA). Bacharel em Direito pela FG - Faculdade Guanambi. Pós-graduando - Interdisciplinar em Estudos Sociais e Humanidades. UNEB - Universidade do Estado da Bahia.

A priori, é conciso fazer uma idealização do momento em que a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” foi decretada. Outorgada em 10 de novembro de 1937, foi a quarta Constituição do Brasil, a terceira da República e a segunda com manchas ditatorial. Conhecida como “polaca” por ter sido inspirada pela carta ditatorial da Polônia, datada de 1935, editada por Jósef Pilsudski, Ministro da Guerra daquele Estado. Esse foi o alento do então Presidente Getúlio Vargas que foi impulsionado nessa posição descrente da democracia.

Ademais, é preciso verificar que a Carta de 1937 trouxe à baila a descaracterização da autonomia das entidades federadas, tornando-se numa espécie de “federalismo nominal”.

Não obstante, o Brasil, tornou-se um Estado Federal tão somente em sua forma, mas descaracterizada na prática federalista até então proposta.

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Vejamos os principais pontos nucleares, segundo BULOS (2015, p 495). Ei-las:

- a) Possibilitou que os Municípios de uma mesma região se agrupassem para instalar, explorar e administrar serviços públicos comuns;
- b) Destacou o bicameralismo, em que as funções legislativas eram desenvolvidas pelo Parlamento Nacional, formada por Câmara dos Deputados, eleita por voto indireto, e pelo Conselho Federal

- (que substituiu o senado), também eleito indiretamente;
- c) Considerou o Presidente da República “autoridade suprema do Estado”, com absoluta imunidade penal, durante o exercício de suas funções, sendo eleito por um Colégio Eleitoral; todavia, se o Presidente indicasse candidato, a eleição presidencial passaria a ser direta e por sufrágio universal entre os dois candidatos: o escolhido pelo Colégio Eleitoral e o indicado por ele;
 - d) Conferiu ao Presidente da República o poder de influenciar diretamente as decisões do judiciário, o que ocorreu em razão do poder discricionário que lhe foi atribuído para submeter ao Parlamento Nacional qualquer lei declarada inconstitucional pelo judiciário; se essa declaração de inconstitucionalidade, reexaminada pelo legislativo, viesse a ser confirmada pelo voto de dois terços de ambas as Casas, a decisão do Tribunal ficaria sem efeito;
 - e) Reduziu os direitos e garantias individuais, empreendendo a desconstitucionalização do mandado de segurança e da ação popular;
 - f) Manteve extinto o cargo de Vice-Presidente da República;
 - g) Determinou a nomeação de prefeitos pelo Governador do Estado; e
 - h) Eliminou a Justiça Federal de primeira instância, colocando em disponibilidade ou aposentando juízes federais.

Um fato que merece ser lembrado é o Art. 1º dizer que “O poder político emana do povo”, o que não é verdade, porque foi uma Constituição outorgada, já que não houve nenhuma participação popular. Constituição “é o pacto fundante do ordenamento supremo de

um povo” (BULOS, 2015, p.56), logo, em nada o conceito se coaduna com a Constituição de 1937.

JUSTIFICATIVA

Meados de 1937, o Presidente à época conseguiu concretizar o chamado “golpe” de estado, diante desse processo histórico iniciou-se no Brasil um período de 8 (oito) anos de ditadura, findando, portanto, em 1945 com o Estado Novo. Vale mencionar de forma curiosa que a tal ditadura estava prevista na Carta Constitucional, que passara a legitimar os poderes absoluto do ditador. Se o Déspota tinha total poderes, o direitos intrinsecamente do cidadão, em especial os direitos humanos, eram rechaçados pela repressão ditatorial.

Qual o motivo para o Presidente Vargas instalar o golpe? Os principais motivos que davam sustentação para a conjuntura à época era buscar o fortalecimento o poder pessoal do estadista. Deveu-se ao apoio das elites juntamente com os grandes grupos de esquerda e de direita entre os anos de 1934-37. Por motivos políticos e econômicos a elite, cafeicultores e industriais, deram total apoio para a implantação de um novo sistema no Brasil. Com isso, o governo começara a comprar a produção de café para evitar a demasia dos oscilações da economia. Eis o motivo para o apoio das elites, concretizado pela ideia de um executivo forte auxiliando-os no comércio.

Noutro viés, politicamente, o apoio advieram com a suposta ameaça comunista.

Não adentrando demais nesse espeque é preciso entender que o meio utilizado por Getúlio em dá o golpe foi a maneira radical que vivia a política tanto de direita quanto de esquerda, como assim o engendramento da perspectiva da oposição governamental.

A partir disso surge o CEN, Conselho da Economia Nacional, onde as elites brasileiras a cada dia se enriqueciam e a classe média dava um sinal de melhoria nas condições de vida social. Vejamos as principais empresas e institutos criados: i) Instituto do Café; ii) Instituto do Açúcar e

do Álcool; iii) Instituto do Mate; iv) Siderurgia; v) Indústria Química; vi) Mecânica Pesada; vii) Metalurgia; viii) Mineração; ix) Geração de Energia (hidroelétricas).

Ainda foram criados vários órgãos de planejamento, na qual se destacaram:

- a) 1938: Conselho Nacional de Petróleo;
- b) 1939: Conselho Nacional de Água e Energia Elétrica;
- c) 1944: Conselho Nacional de Política Industrial e Comercial;
- d) 1944: Comissão de Planejamento Econômico.

É necessário mencionar, ainda, que o Conselho da Economia Nacional colaborava com o poder legislativo. Assim, alude o art. 38 daquela Carta Constitucional:

O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional **com a colaboração do Conselho da Economia Nacional** e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição (BRASIL, 1937). (Grifos nossos)

DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nessa Constituição houve a estagnação e um retrocesso no que tange as características do controle de constitucionalidade. Apesar disso, foi mantido o controle difuso com um quórum especial para a decretação da citada inconstitucionalidade. Vejamo-los:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República (BRASIL, 1937).

Destarte, repetiu a impossibilidade da Carta Constitucional de 1934, onde proibiu ao Poder Judiciário conhecer qualquer questão de cunho político. É o que diz o Art. 94 ao asseverar que “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Dessarte, foi permitido ao Presidente da República, como dito anteriormente, submeter ao Parlamento a Lei declarada inconstitucional pelo poder judiciário pelo voto de dois terços de cada Casa Legislativa, tornava-se dessa forma inconsistente a decisão do poder judiciário. Eis o Art. 96, parágrafo único dessa Carta Constitucional, onde apregoa que:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do

Tribunal ([Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945](#)) (BRASIL, 1937).

Dessa forma, em 1939, o Presidente Getúlio Vargas editara o Decreto-Lei nº 1.564 onde confirmou em seu artigo único sua superioridade, colocando, desta feita, em xeque o seu caráter irrefutável das sentenças judiciais, sobrepujando nós do histórico do controle de constitucionalidade brasileiro. In verbis:

Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; **ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juizes que tenham declarado a inconstitucionalidade** desses mesmos textos (BRASIL, 1937) (grifos nossos).

A ditadura estadonovista está impregnado nesse sistema político, onde baseava-se um poder ditatorial abalizado na Constituição que conferia total poderes ao Déspota, deixando assim um rastro de legalidade.

DIREITOS E GARANTIAS

De modo a transparecer uma república e adequar com os movimentos populistas em regimes advindos da Europa, a Constituição polaca de 37, afixou diversas garantias e direitos individuais positivados em constituições anteriores, o que de fato não eram assegurados.

Deixou cravado direitos como liberdade individual, propriedade, liberdade de culto e as medidas trabalhistas já introduzidas. Ver os artigos 122 e 123 inclusive os “suspensos”^[1]:

Se não bastasse a implantação de poucos direitos individuais, o Art. 13 daquela Constituição implantou a pena de morte como símbolo

de defesa do Estado, ocorre que houve um alargamento de forma proposital em sua interpretação.

MEDIDAS DE CENTRALIZAÇÃO

O poder legislativo sofreu uma drástica redução em suas prerrogativas, principalmente no que tange as formas de eleição para os principais cargos governamentais. Os governadores foram colocados ao patamar de interventores, por nomeação do Presidente da República, deixando a cargos daqueles à nomeação das denominadas autoridades municipais, prefeitos. Vejamos:

Art. 9º - O Governo federal intervirá nos Estados mediante a nomeação, pelo Presidente da República, de um interventor que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhe forem atribuídas pelo Presidente da República (BRASIL, 1937).

Todos os meios de comunicação sofreram uma censura autorizada pelo o Estado.

Ademais, o artigo 144 trouxe a nacionalização das riquezas naturais como pressuposto da defesa do país. Diz-se que “A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d’água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação”.

O art. 73 de modo claro diz que “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País”. Assim sendo, corroborado com as competências do art. 74 demonstra toda a concentração de poderes na mão do poder executivo. Segue transcrito:

Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República:

- a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para sua execução;
- b) expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12, 13 e 14;
- c) dissolver a Câmara dos Deputados no caso do parágrafo único do art.167;
- d) adiar, prorrogar e convocar o Parlamento;
- e) manter relações com os Estados estrangeiros;
- f) celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo;
- g) exercer a chefia suprema das forças armadas, administrando-as por intermédio dos órgãos do alto comando;
- h) decretar a mobilização;
- i) declarar a guerra depois de autorizado pelo Poder Legislativo, e, independentemente de autorização, em caso de invasão ou agressão estrangeira;
- j) fazer a paz ad referendum do Poder Legislativo;
- k) permitir, após autorização do Poder Legislativo, a passagem de forças estrangeiras pelo território nacional;
- l) intervir nos Estados e neles executar a intervenção, nos termos constitucionais;
- m) decretar o estado de emergência e o estado de guerra;
- n) exercer o direito de graça;
- o) nomear os Ministros de Estado;

- p) prover os cargos federais, salvo as exceções previstas na Constituição e nas leis;
- q) autorizar brasileiros a aceitar pensão, emprego ou comissão de Governo estrangeiro;
- r) determinar que entrem provisoriamente em execução, antes de aprovados pelo Parlamento, os tratados ou convenções internacionais, se a isso o aconselharem os interesses do País (BRASIL, 1937).

“A iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outros resulte aumento de despesa” (BRASIL, 1937). Assim, deixou enfincado no art. 64, dando total poderes ao Presidente à iniciativa dos Projetos de Lei.

EDUCAÇÃO E FAMÍLIA

A Constituição de 1937 trouxe à baila, dentro do âmbito familiar a educação, porque é de extrema importância, uma vez que vem a propiciar uma maior segurança, felicidade e acima de tudo traz probabilidades de realizar os anseios necessários para estancar os problemas futuros que possa chegar a enfrentar. Esse planejamento familiar é de fundamental importância para que o indivíduo possa ter uma vida contrabalançada e deletável.

Deste modo, faz-se necessário uma vida mais regrada e bem aparelhada. Trata-se das afinidades educacionais e familiares.

O art. 124 alude que a família seria constituída por casamento, porém este era indissolúvel, mas com proteção social do Estado. Porém, aquelas famílias numerosas caberiam uma compensação na proporção dos encargos.

O artigo 125 vem mencionar que “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular” (BRASIL, 1937).

Também, conforme o art. 127, ficaria sob as expensas do Estado a garantia de uma infância e de uma juventude, assegurando “condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades” (BRASIL, 1937). Ainda, nesse baleado, o Estado se compromete aos pais miseráveis “o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole” (BRASIL, 1937).

As relações familiares daquela época não estavam em um ambiente consumerista nas quais existisse facilidades de créditos onde propiciaria um alto grau de risco para um futuro desequilíbrio das finanças pessoais, portanto deve-se de forma forçosa aprender e ensinar todos os componentes do âmbito familiar para que saibam controlar, principalmente, a procriação, de forma condizente com a atual situação econômica do país, liquefaz dizer que é primordial uma preparação para não ter surpresas negativas.

É preciso ser repisado, sempre, que o mote primitivo para fazer um programa social é ter conhecimento das importâncias, desígnios, escopos e primazias de toda a família. Por conseguinte, abalizar metas com objetivos a serem alcançados, podendo existir ainda diferentes probabilidades de aquisições e metas rotativas. A maleabilidade é expressiva no programa de encargos devido as questões da numerosidade familiar.

DIREITO DE VOTO

O art. 117 acena que “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei e estiverem no gozo dos direitos políticos” (BRASIL, 1937), repetindo, igualmente, o dispositivo do art. 108 da Constituição anterior, omitindo

no que se refere a obrigatoriedade de alistamento e/ou de voto. Essa lacuna foi preenchida no art. 4º da Constituição de 1946.

Com a Constituição de 1937 instalara no Brasil uma nova forma jurídica à ditadura nos moldes de golpe do Estado Novo, ocasionou com isso a extinção dos partidos políticos e da justiça eleitoral.

Foi instituída eleições indiretas para os Cargos de Presidente da República, Câmara dos Deputados e Conselho Federal (SENADO). Nesse período não houve eleições diretas e os trabalhos legislativos ficaram suspensos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gestão pública em seu desiderato tem que ser democrática, transparente, eficiente e comprometida com toda a população e com uma perspectiva de combate a toda forma de autoritarismo, clientelismo e corrupção.

Buscou nesse ensaio trazer novas discussões como meio de produzir a democracia, principalmente no poder judiciário, tomada numa vertente e vontade de mudança por transformação e efetivação dos direitos da cidadania na acepção jurídica.

É preciso incorporar uma prática de intenções com postura crítica, dinamizando as atividades nos quais desvelem um sentir, um pensar e um agir comprometido com o outro, despertar para uma participação ativa na construção de uma sociedade diferente.

Foi nesse cenário (1937) que um grupo político implantou uma gestão totalitária, com um propósito diferenciado e direcionado conta as garantias individuais da população, avançando de forma ríspida para o fortalecimento do processo de antidemocrático.

Foi percebido, sobretudo, que não houve os avanços desejados do “Governo Federal” no atendimento às famílias no que preconiza as orientações das normas da política em questão, constatou-se a ausência de instrumentos de planejamento como estratégias de gestão que dá um

caráter organizativo e político para o cenário de diversidades econômicas, sociais e políticas para o alcance da concretude das ações.

Diante desse contexto e por ter sido ativado temas como métodos participativos, problematização e gestão de coletivos é que esse panfleto busca sensibilizar e direcionar os profissionais de direito e a sociedade em geral para ações desse setor com base em um planejamento estratégico a partir da realidade da ineficiência do poder judiciário daquela época, contemplando, principalmente, a centralização de poderes por parte do Chefe do poder Executivo. Portanto, faz-se necessário uma nova construção e um direcionamento que alcance a sociedade para que os fatos como da Constituição Outorgada de 1937 fique longínquo.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. Editora Saraiva. 2014.

[CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL - DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 22 abr de 2017.

DECRETO-LEI Nº 1.564, DE 5 DE SETEMBRO DE 1939. **Confirma os textos de Lei, decretados pela União, que sujeitaram ao impôsto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 abr de 2017

SOUSA, Rainer Gonçalves. **Era Vargas: Ditadura do Estado Novo**. Disponível em: <https://sala19.wordpress.com/2009/02/24/aula-era-vargas-ditadura-do-estado-novo/>. Acesso em: 23 abr de 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Justiça Eleitoral**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/justica-eleitoral>.

Acesso em: 23 abr de 2017.

Nota:

[1] Terminologia aplicada no original da Constituição de 1937.

OS CONTRATOS ELETRÔNICOS E AS ATUAIS RELAÇÕES DE CONSUMO

PEDRO AURELIO AZEVEDO LUSTOSA:
Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.

Resumo: O presente estudo traz um enfoque na emergente modalidade dos “contratos eletrônicos”, bem como na influência desses contratos nas disposições normativas, principiológicas e nas atuais relações de consumo e vice-versa. Mais detalhadamente, conceitua-se e classifica essa modalidade contratual para, enfim, promover uma análise acerca segurança que esse tipo de contrato proporciona ao consumidor e explorar os desafios que ele traz.

Palavras-chave: Direito Civil. Contratos Eletrônicos. Relações de Consumo.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os Contratos Eletrônicos. 2.1. Conceito e Noções Básicas. 2.2. Princípios Regentes dos Contratos Eletrônicos. 2.3. Classificação dos Contratos Eletrônicos. 3. Segurança Jurídica e a Vulnerabilidade do Consumidor. 3.1. Competência. 4. Conclusão. 5. Referências.

Introdução.

A atual geração de consumidores vive uma era de revoluções no que tange às facilidades na hora de realizar compras e solicitar serviços, ora que possuem a comodidade de fazê-lo no conforto de casa. Embora esse seja um trunfo para o comércio de mercadorias e serviços online, surgem algumas complicações desse tipo de contrato. Isso, porque o consumidor coloca-se em uma posição ainda mais vulnerável do que nas relações tradicionais de consumo, uma vez que a outra parte contratual nem sempre é facilmente identificada e não existe prova documental, o que pode gerar situações conflituosas.

Isto posto, crescem cada vez mais os casos de usuários que se tornam vítimas de algum tipo de fraude por parte de sites e empresas que utilizam da internet para isso. Faz-se mister, portanto, a emergente relevância que circunda os chamados “contratos eletrônicos”.

Essa modalidade de contrato é relativamente recente e, por não estar prevista no Código Civil como sua própria espécie, levantam-se, na esfera jurídica, diversos questionamentos, entre eles: Como assegurar-se, juridicamente, dos contratos eletrônicos concretizados através da internet? Quais as normas e princípios a serem aplicados para resolução destes conflitos? De quem vai ser a competência para deliberar sobre os conflitos decorrentes dessas relações contratuais?^[1]

I – Os Contratos Eletrônicos.

I.A – Conceito e Noções Básicas.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, contrato pode ser definido como “uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes”^[2].

Ocorre que, frente à fortificação das interações por vias eletrônica, não se posta mais suficiente as espécies contratuais previstas no Código Civil para reger as relações de consumo virtual. É nesse cenário que ganha força a ideia do contrato eletrônico, onde as partes podem manifestar as suas vontades e promovem a celebração do contrato por meio da internet e suas plataformas.

Diante dessas novas relações, leciona Maria Helena Diniz:

O contrato virtual opera-se entre o titular do estabelecimento virtual e o internauta, mediante transmissão eletrônica de dados. É usual no escambo; na cessão de uso; nas operações de valores mobiliários, nas aplicações financeiras por meio de homebanking; na confecção de homepage; na criação de banners, na compra de softwares, automóveis, livros, flores, imóveis, etc.;

barateando os custos dos serviços e dos produtos virtuais ou não, proporcionando comodidade na efetivação dos negócios, diminuindo a arrecadação de imposto sobre venda; reduzindo custos administrativos, encurtando o processo de distribuição e intermediação, dando maior celeridade nas negociações.^[3]

No que diz respeito aos pressupostos para que tenha validade jurídica e surta efeitos, deverá respeitar os mesmos requisitos de validade, capacidade e legitimação das partes, objeto idôneo, licitude do objeto, forma prescrita ou não defesa em lei e consentimento que são aplicados às demais espécies contratuais.

I.B – Princípios Regentes dos Contratos Eletrônicos.

Apesar de possuir as suas peculiaridades, essa modalidade contratual deverá respeitar os princípios contratuais fundamentais^[4]:

- A. Princípio da Autonomia da Vontade – é a ampla liberdade de contratar;
- B. Princípio da Supremacia da Ordem Pública – limita a autonomia da vontade, dando prevalência ao interesse público;
- C. Princípio do Consensualismo – basta o acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa, para o aperfeiçoamento do contrato;
- D. Princípio da Relatividade dos Contratos – os efeitos dos contratos só se produzem em relação às partes, não afetando terceiros, salvo algumas exceções consignadas na lei; e
- E. Princípio da Boa-fé – exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tentativas, com também durante a formação e o cumprimento do contrato.

Especificamente, nos contratos eletrônicos, existem certos princípios que exercem influência direta no que diz respeito à resolução de conflitos no campo virtual, são eles:

- A. Princípio da Equivalência Funcional entre os Atos Jurídicos Produzidos por Meios Eletrônicos e os Atos Jurídicos Produzidos por Meios Tradicionais – o registro em meio magnético cumpre as mesmas funções do papel, assim, busca vedar qualquer tipo de diferenciação entre os contratos celebrados tradicionalmente, frente aos efetivados através de meios eletrônicos. Essa equivalência significa que a mensagem eletrônica está na categoria das declarações de vontade, que também pode ser expressa por meios manuais, verbais ou gestos^[5];
- B. Princípio da Inalterabilidade do Direito Existente sobre Obrigações e Contratos – as normas legais aplicam-se aos contratos eletrônicos basicamente da mesma forma que quaisquer atos jurídicos. A celebração de contratos via Internet sujeita-se, portanto, a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro^[6];
- C. Princípio da Identificação – determina que a validade de um contrato eletrônico só será admitida se as partes contratantes estiverem devidamente identificadas. Busca, portanto, fazer com que as partes saibam com quem estão lidando, o que pode ser feito por meio de assinatura digital, que é equivalente à assinatura manual^[7];
- D. Princípio da Verificação – os contratos celebrados por meio eletrônico devem ficar disponíveis, também de forma eletrônica às partes, a fim de que possam verificá-lo a qualquer momento^[8]; e
- E. Princípio da Neutralidade Tecnológica das Disposições Reguladoras do Comércio Eletrônico – busca não restringir sua aplicação às tecnologias hoje existentes e que, porventura, possam vir a ser consideradas, em futuro próximo, obsoletas^[9].

Vale ressaltar, entretanto, que esse princípio ainda não é adotado no Brasil.

Pelo exposto, nota-se que esses eletrônicos seguem as mesmas regras principiológicas dos contratos tradicionais, sendo que também sofrem influência de princípios específicos para a resolução de seus conflitos e particularidades.

I.C – Classificação dos Contratos Eletrônicos.

A doutrina classifica os contratos eletrônicos em três tipos: os Interativos, os Intersistêmicos e os Interpessoais.

- A. Contratos Eletrônicos Interativos – são aqueles contratos firmados entre uma pessoa e um sistema, ou seja, um indivíduo firma contrato com um sistema eletrônico que foi disponibilizado pela outra parte, não sendo necessário esta esteja presente na hora do fazimento do contrato ou mesmo tenha ciência desse;
- B. Contratos Eletrônicos Interpessoais – são contratos onde um computador ou outro meio eletrônico é utilizado para a comunicação entre as partes, para a formação de suas vontades e instrumentalização do contrato em tempo real, ou seja, ambas devem estar on-line;
- C. Contratos Eletrônicos Intersistêmicos – esses contratos são feitos de maneira tradicional, utilizando meios eletrônico apenas para facilitar a comunicação entre as partes.

II – Segurança Jurídica e a Vulnerabilidade do Consumidor.

Nos contratos eletrônicos, por não existir uma prova documental propriamente dita, busca-se formas de promover a segurança jurídica através de outros mecanismos. O mais proeminente deles é a Assinatura Digital Criptografada, que, como já mencionado no tópico dedicado ao princípio da Identificação, equivale-se à assinatura manual.

Em geral, o contrato feito pela internet é seguro e possui grandes vantagens para ambas as partes, entretanto, no que tange à questão da posição do consumidor nesse tipo contratual, percebe-se que ela tende a ser de vulnerabilidade.

Decorre essa vulnerabilidade pois os contratos que envolvem o consumidor, na maior parte das vezes, são contratos de adesão. Como descrito no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, o contrato de adesão *“é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”*.

Assim, para que sejam evitados injustos e contratos abusivos, nessas relações, os contratos devem ser muito bem descritos, a fim de se evitar qualquer obscuridade ou ambiguidade interpretativa.

Na hipótese de ocorrerem situações em que se postam problemas na interpretação desses contratos, deverá ser levado em consideração os artigos 47 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 423 do Código Civil:

Artigo 47 do CDC: As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Artigo 423 do CC: Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Basta observar os artigos supracitados para ver que existe uma grande preocupação com a sua segurança jurídica do consumidor nos contratos de adesão, o que também será levado em consideração na interpretação de contratos eletrônicos que configurem a figura consumidor como um dos polos.

II.A – Competência.

Outro entendimento importante para garantir a segurança jurídica desses contratos é a determinação do local em que foi celebrado o contrato e quais serão as leis aplicáveis na resolução de eventuais conflitos que possam decorrer dele.

No ordenamento pátrio, no artigo 435 do Código Civil, determina-se que “*reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto*”. A competência, portanto, será atribuída a legislação de onde foi feita a proposta, seja em território nacional seja internacional.

Reforça essa ideia o artigo 9º, § 2º, da LICC, onde se prevê que “*para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem. § 2º - A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente*”.

Diverso do exposto, encontra-se o direito do consumidor uma exceção a essas regras, demonstrando, mais uma vez, a preocupação do legislador em compensar a posição de vulnerabilidade em que geralmente se encontram os consumidores:

Artigo 101 do CDC: Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor”;

Com efeito, a lei rege a competência contratual, ficando permitido que as partes escolham o foro competente quando a lei não o faz, podendo, inclusive, escolher fazer ou não uso do juízo arbitral como caminho alternativo para a resolução dos conflitos.

Conclusão.

É evidente, portanto, que, apesar de essa modalidade contratual ser relativamente recente, formou-se rapidamente um rol de normas e princípios advindos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor

que proporcionam uma maior segurança às relações atuais de consumo, que, em sua maioria, baseiam-se no contrato eletrônico.

Por fim, ressalta-se que a espécie dos contratos eletrônicos reflete as novas e atuais tendências das relações de consumo e, em razão disso, a tendência é que esses se tornem uma espécie contratual cada vez mais complexa e protagonista no mundo jurídico.

Referências.

DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro” (2007).

GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais” (2015).

LAWAND, Jorge José. “Teoria geral dos contratos eletrônicos” (2003).

GAMBOGI CARVALHO, A. P. “Contratos via Internet” (2001).

VENTURA, Luis Henrique. “Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos” (2001).

SILVA NETO, Abdo Dias da. Contratos eletrônicos e a aplicação da legislação moderna. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008.

NOTAS:

[1] DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro” (2007, p. 755).

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais” (2015, p. 22).

[3] DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro” (2007, p. 754).

[4] GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais” (2015, p. 41/62)

[5] LAWAND, Jorge José. “Teoria geral dos contratos eletrônicos” (2003, p.43).

[6] GAMBOGI CARVALHO, A. P. “Contratos via Internet” (2001. p. 59-60).

[7] VENTURA, Luis Henrique. “Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos” (2001, p. 54).

[8] VENTURA, Luis Henrique. “Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos” (2001, p. 54)

[9] LAWAND, Jorge José. “Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos” (2003, p.45).

PRIMEIRAS REFLEXÕES ACERCA DO INSTITUTO DA CURATELA COMPARTILHADA: PONDERAÇÕES AO ARTIGO 1.175-A DO CÓDIGO CIVIL

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Em uma primeira plana, ao se estruturar uma análise acerca do instituto em comento, impende salientar que a curatela, em termos conceituais, se apresenta como um múnus público, contido no Ordenamento Pátrio, atribuído a alguém, para que este possa reger e defender a pessoa do curatelado, assim como administrar o acervo patrimonial do incapaz, que, por si só, não detém, ainda que transitoriamente, condições de tais práticas, em decorrência de enfermidade ou deficiência mental. Denota-se, desta sorte, que a curatela é considerada como um encargo público conferido a alguém com fito a dirigir a pessoas e os bens de maiores considerados como incapazes. Entrementes, o instituto em tela não se encontra adstrito tão apenas a aludida situação, mas sim alcança também, em razão de sua natureza e de seus efeitos específicos, outros casos. Sendo assim, o presente busca promover uma análise acerca do instituto da curatela compartilhada, introduzido no ordenamento jurídico por meio do artigo 1.175-A do Código Civil, e possíveis aspectos caracterizadores e seus desdobramentos no ordenamento jurídico, apontando benefícios e críticas.

Palavras-chaves: Curatela Compartilhada. Direito Assistencial. Direito Civil.

Sumário: 1 O Instituto da Curatela: Conceito e Pressupostos; 2 Espécies de Curatela: 2.1 Curatela dos Adultos Incapazes; 2.2 Curatela do Nascituro; 2.3 Curatela do Ausente; 2.4 Curadorias Especiais; 3 Exercício da Curatela; 4 Cessação da Curatela; 5 Primeiras Reflexões acerca do Instituto da Curatela Compartilhada: Ponderações ao Artigo 1.175-A do Código Civil.

1 O Instituto da Curatela: Conceito e Pressupostos

Em uma primeira plana, ao se estruturar uma análise acerca do instituto em comento, impende salientar que a curatela, em termos conceituais, se apresenta como um múnus público, contido no Ordenamento Pátrio, atribuído a alguém, para que este possa reger e defender a pessoa do curatelado, assim como administrar o acervo patrimonial do incapaz, que, por si só, não detém, ainda que transitoriamente, condições de tais práticas, em decorrência de enfermidade ou deficiência mental. Neste diapasão, Gama, com objetividade, assinala que a curatela é o “*encargo atribuído a certas pessoas para cuidarem de interesses de alguns outros: declarados incapazes*”^[1].

Denota-se, desta sorte, que a curatela é considerada como um encargo público conferido a alguém com fito a dirigir a pessoas e os bens de maiores considerados como incapazes. Entrementes, o instituto em tela não se encontra adstrito tão apenas a aludida situação, mas sim alcança também, em razão de sua natureza e de seus efeitos específicos, outros casos. “*Portanto, trata-se de um instituto autônomo, de difícil delimitação, por ser complexo, envolvendo várias situações, atingindo até menores ou nascituros e pessoas que estejam no gozo de sua capacidade*”^[2].

Imperioso se faz reconhecer que a curatela, também chamada de curadoria, detém um duplo alcance, porquanto pode ser deferida: para reger a pessoa e os bens de quem, conquanto maior, encontra-se impossibilitado, por específica causa ou incapacidade, de fazê-lo por si

mesmo; para a regência de interesses que não podem ser cuidados pela própria pessoa, embora esteja no gozo de sua capacidade. Na primeira situação, verifica-se que a curatela tem caráter permanente, ao passo que, na segunda, o aspecto é temporário.

Corriqueiramente, apresenta-se como pressuposto fático da curatela a incapacidade, de maneira tal que estão sujeitos a ela os adultos, que, em decorrência de causas patológicas, adquiridas ou congênicas, não detém capacidade de reger sua própria pessoa e de administrar o patrimônio que possui. Encontra-se alcançados pelo instituto em destaque, à guisa de exemplificação, os que por enfermidade ou retardo mental não detiverem o imprescindível discernimento para os atos da vida civil; os que, por causa duradoura, não puderem manifestar sua vontade; os ébrios habituais e aqueles que forem viciados em tóxicos ou substâncias entorpecentes, que causam dependência física ou psíquica; os pródigos; os excepcionais sem completo desenvolvimento mental.

Ao lado do expandido, impõe assinalar que não há outras causas passíveis de interdição, além das enumeradas na Lei Substantiva Civil, estando, portanto, excluídos da interdição a cegueira, o analfabetismo, a idade provectora, desde que, conjugado com tais exemplos, as hipóteses autorizadoras. Fato é que a velhice traz consigo diversos males, mas apenas quando estes assumem aspecto psicopático, com estado de involução senil em desenvolvimento, tendendo a se agravar, pode sujeitar o indivíduo ao instituto em comento. Destarte, conquanto a idade avançada e o estado de decadência orgânica não se apresentarem como motivos legais, por si só, de acarretarem a decretação da interdição, esta não pode deixar de ser decretada, quando se verificar que o paciente não consegue, pela palavra escrita ou falada, manifestar sua vontade, cuidar de seus negócios, reger sua pessoa e administrar seu acervo patrimonial.

Ademais, há que se salientar que a curatela é destinada a proteger pessoas cuja incapacidade não resulte da idade, logo, em se tratando de pessoa cuja idade seja inferior a 18 (dezoito) anos, não terá assento a aplicação do instituto em destaque. Com alinhamento, Tartuce e Simão obtemperam que *“a curatela também não se confunde com a*

tutela, pois a última visa à proteção de interesses de menores, enquanto à primeira a proteção dos maiores”[3]. Verifica-se, deste modo, que a curatela é instituto destinado tão somente aos maiores acometidos por alguma incapacidade, que obsta a gestão de sua pessoa e de seu acervo patrimonial.

A interdição serve para suprir a necessidade de representação de pessoas maiores que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil, conforme estabelece o artigo 1.767 do Código Civil[4]. Embora esse artigo não coloque como requisito para a interdição que o requerido seja civilmente capaz, essa condição é natural e lógica, decorrendo de interpretação conjunta com o artigo 3º do mesmo diploma legal, que considera o menor de dezesseis absolutamente incapaz. Neste diapasão, a fim de fortalecer as ponderações estruturadas, impende trazer à baila os seguintes precedentes jurisprudenciais:

Ementa: Curatela - Interdição possível apenas em relação aos maiores e não em relação aos menores que já são considerados capazes - Recurso improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Nona Câmara de Direito Privado/ Apelação Cível n. 547.012-4/9-00/ Relator Desembargador José Luiz Gavião de Almeida/ Julgado em 20.01.2009)

Ementa: Interdição - Incapaz - Menor absolutamente incapaz que padece de moléstia mental - Incapacidade absoluta em razão de idade incompatível com a interdição - Vantagens do poder familiar em relação à curatela - Eventuais benefícios previdenciários em razão da moléstia que independem da interdição - Processo extinto por falta de interesse e possibilidade jurídica do pedido - Sentença mantida – Recurso improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Quarta Câmara de Direito Privado/ Apelação Cível n. 395.310-4/7-00/

Relator Desembargador Francisco Loureiro/ Julgado em 13.10.2005)

Ementa: Interdição - Requerimento de interdição de menor formulado pelo legítimo pai, para fins de inclusão da menor em programas de benefício de Seguridade Social - Inadmissibilidade – Os pais, vivos e sadios, exercendo regularmente o pátrio-poder, representam de forma plena a menor, não lhes assistindo interesse processual na declaração de interdição – Benefício securitário que, em princípio, independe de declaração judicial de interdição - Recurso não provido.(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Segunda Câmara de Direito Privado/ Apelação Cível n. 78.872-4/ Relator Desembargador Linneu Carvalho/ Julgado em 23.06.1998).

Em conjunto com a curatela dos adultos incapazes, o Ordenamento Jurídico Pátrio adotou, ainda, outras espécies de curatelas, a saber: a curatela do nascituro e dos ausentes, distintas na disciplina do instituto em comento, em decorrência de suas nuances e aspectos característicos. Outrossim, há também outras espécies de curadoria que, em razão de sua natureza, são denominadas de curatelas especiais. O pressuposto jurídico para a curatela é uma decisão judicial, porquanto não pode haver curatela sem que o magistrado defira-a, mediante o competente processo de interdição.

2 Espécies de Curatela

No que concerne ao instituto em comento, há que se arrazoar que, em razão da pessoa que é colocada sob a curatela, as normas que regerão as espécies se amoldaram a cada situação singular, observando, por extrema necessidade, as particularidades e nuances apresentadas nos casos concretos postos em análise. Neste passo, em razão dos aspectos característicos que cada uma das espécies apresentam, comumente a doutrina mais abalizada as classifica como: curatela dos adultos

incapazes, que compreende um sucedâneo de hipóteses distintas; curatela do nascituro; curatela do ausente e curadorias especiais.

2.1 Curatela dos Adultos Incapazes

2.1.1 Curatela dos Toxicômanos

Situação alcançada pela curatela dos adultos incapazes alude aos toxicômanos que, outrora, pela Lei Nº. 4.294/1921, foram equiparados aos psicopatas. Há que se salientar que o toxicômano, em uma acepção essencialmente conceitual, é o indivíduo que apresenta dependência química, ou seja, o vício consistente no uso reiterado de tóxicos ou entorpecentes. O Decreto-Lei Nº. 891/1938, por seu turno, inaugurou duas modalidades de interdição, orientado-se pelo grau de intoxicação apresentada pelo indivíduo, a saber: a limitada, que se assemelhava a interdição empregada em relação aos relativamente incapazes, e a plena, equipolente à dos tidos como absolutamente incapazes. Destarte, caracterizando-se a incapacidade de maior ou menor extensão, o Ordenamento Pátrio dispensava ao toxicômano uma curatela cujos poderes seriam variáveis, observando-se, com efeito, para a extensão do vício apresentado pelo curatelado.

Ainda no que concerne ao tema em debate, cuida trazer à baila que a Lei Nº. 11.343/2006, denominada de Lei Antidrogas, trouxe em seu âmago um sucedâneo de medidas a serem observadas, em relação ao uso indevido, prescrevendo o norte a ser valorado no que tange à prevenção, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas. Neste passo, afixou-se, também, normas e regramentos para a repressão à produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas, inaugurando, inclusive, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD).

Quadra assinalar que o diploma legal supramencionado teve sua gênese fomentada em razão da necessidade de conjugar os dois instrumentos normativos que, até então, vigoravam, quais sejam: as Leis Nº. 6.368/1976 e 10.409/2002. A partir da Lei Antidrogas, foram revogados, expressamente, os aludidos diplomas, com o reconhecimento

das diferenças entre a figura do traficante e a do usuário/dependente, os quais passaram a ser tratados de modo diferenciado. Oportunamente, há que se destacar que o Brasil, concatenado com a tendência mundial, estruturou suas bases ideológicas na premissa que os usuários e dependentes de substâncias entorpecentes, os toxicômanos, não devem ser objetos de penalização pela Justiça, por meio da privação de liberdade.

Como bem expõe Andrade^[5], a abordagem estruturada em relação ao porte de drogas/substâncias entorpecentes para uso pessoal tem sido respaldada por especialistas que apontam resultados consistentes de estudos, nos quais, em referência ao usuário/dependente, a atenção deve estar jungida ao oferecimento de oportunidade de reflexão sobre o próprio consumo, ao invés do puro encarceramento. Houve, desta sorte, a valoração e justiça restaurativa, cujo escopo maior é a ressocialização do toxicômano, por meio de penas alternativas, a saber: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade em locais/programas que se ocupem da prevenção/recuperação de usuários e dependentes de drogas; e, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Deste modo, houve o detrimento da visão de justiça punitiva que dantes vigorava em relação ao tema, impondo ao dependente químico o encarceramento.

2.1.2 Curatela dos Ébrios Habituais

Em consonância com o Código Civil vigente, os ébrios habituais são considerados como relativamente incapazes para a prática de determinados atos da vida civil, reclamando um curador que os assista, uma vez que podem ter alucinações, em decorrência da deterioração mental alcoólica, ou ainda embrutecimento da mente. Outrossim, os ébrios habituais podem apresentar *delirium tremens*, isto é, psicose aguda, decorrente do alcoolismo. Em tom de arremate, o ébrio é o indivíduo que tem o controle de suas faculdades minoradas em razão da habitual ingestão de bebidas alcoólicas.

2.1.3 Curatela dos Pródigos

Ab initio, há que se assinalar que o pródigo é o indivíduo que dissipa, de maneira desordenada, os haveres do qual é detentor, logo, com o escopo de salvaguardar os interesses de seu núcleo familiar, a Lei Substantiva Civil dá-lhe curador para assisti-lo, eis que é considerado relativamente incapaz para a prática de específicos atos da vida civil. Nesta trilha de raciocínio, cuida colacionar que “*o pródigo é um relativamente incapaz (CC, art. 4º, IV), podendo apenas praticar atos de mera administração, necessitando de curador para a efetivação dos atos que comprometem seu patrimônio*”^[6], como, por exemplo, emprestar, dar quitação, transigir, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado. Ademais, insta anotar que o pródigo só poderá conduzir sua vida civil nos limites dos rendimentos que lhe forem arbitrados. Nesta senda, colhe-se o entendimento jurisprudencial que ventila no sentido que:

Ementa: Processual Civil. Pedido de Interdição. Procedência Parcial do Pedido lastreado em laudo médico-pericial. Conversão em diligência da qual resultou a conclusão no sentido de convivência harmônica entre mãe e a filha (interditanda). Provimento aos recursos com amparo no art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, para declarar a interdição parcial com as restrições limitadas do artigo 1782 do Código Civil [...] III - O art. 1782 da lei civil estatui que "a interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração", daí se acolher os recursos no sentido de se declarar a interdição parcial da segunda apelante, aplicando-se as restrições do art. 1782 do Código Civil [...] (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Décima Terceira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 0008821-91.2002.19.0042/ Relator Desembargador Ademir Pimentel/ Julgado em 24.11.2009/ Publicado no DJe em 30.11.2009)

Ora, trata-se de instrumento empregado pela Legislação em vigor com o fito primevo de evitar que haja uma dilapidação patrimonial, uma vez que o pródigo é pessoa que, de maneira esbanjadora, gasta seus bens. No que se refere à sua pessoa, denota-se que não subsiste qualquer restrição, podendo exercer sua profissão, excetuando-se as situações que se tratar de um empresário ou comerciante. *“Assim sendo, o pródigo pode, sem a intervenção do curador, casar-se (sem a imposição de qualquer regime), fazer testamento, reconhecer filhos, ser empregado, entre outros”*^[7].

Em praticando qualquer ato proibido, este será anulável por iniciativa dele próprio, de seu cônjuge/companheiro, ascendente ou descendente. Incumbe, desta feita, ao curador assisti-lo nos atos e negócios alusivos a seu acervo patrimonial. Além disso, se a prodigalidade estiver conjugada com um processo de anomalia mental, ocasionando perturbações psíquicas, ocorrerá a modificação da causa de interdição, passando, então, a ser regidas pelos mesmos regramentos atinentes à curatela dos psicopatas.

2.1.4 Curatela dos que, por outra causa duradoura, não podem exprimir a sua vontade

A última hipótese que se encontra albergada pela curatela dos adultos incapazes está adstrita a situações distintas das já estampadas, em caráter duradouro, impedem que o indivíduo possa exprimir sua vontade. Computa-se, nesta hipótese, aqueles que, em razão de acidentes, tem sua funções cerebrais comprometidas. Outrossim, o surdo-mudo, desde que não tenha recebido educação apropriada que o possibilite manifestar sua vontade, serão considerados como absolutamente incapazes, clamando por proteção. Há que se evidenciar que nem todo surdo-mudo pode ser interditado, não se justificando, desta maneira, a interdição daquele não é absolutamente surdo, o qual detém a capacidade de entabular conversação. Colhe-se, por necessário, o abalizado entendimento jurisprudencial no sentido que:

Ementa: Apelação Cível. Interdição. Preliminar de Cerceamento de Defesa Afastada. Desnecessidade

de Prova Pericial. Documentos nos autos suficientes ao deslinde da causa. Interditando Surda-Muda e Analfabeta. Circunstância que, por si só, não a sujeita à curatela. Constatada a capacidade de comunicação com pessoas estranhas ao núcleo de convivência através de gestos e leitura labial, bem como de manifestar sua vontade. Inexistência de deficiência mental. Sentença de Improcedência Mantida. Recurso Desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – Segunda Câmara de Direito Civil/ Apelação Cível Nº. 2010.072117-4/ Relator Desembargador Sérgio Izidoro Heil/ Julgado em 08.12.2011)

Em havendo instrumentos aptos a educar ou de submeter o surdo-mudo ou o interdito (pródigo, ébrio habitual, toxicômano) à ciência eletrônica ou médica, o curador deverá envidar os esforços imprescindíveis ao ingresso no estabelecimento apropriado ou em clínicas especializadas, empregando, para tanto, os recursos ou rendimentos próprios do incapaz. “*Se este não tiver condições financeiras para tanto, sua internação far-se-á em estabelecimento público que forneça atendimento gratuito*”[8]. Nesta hipótese, em implementada com êxito a educação, podendo o interdito exprimir, com precisão sua vontade, restará cessada, por consequência, a curatela.

Ao lado disso, cuida observar que nem todo alcoólatra será passível de interdição, porquanto, conquanto subsista o vício habitual do consumo da bebida alcoólica, este não tem o condão de afetar sua capacidade de conversão e possibilidade de exprimir sua vontade. Logo, em verificada a hipótese da inoccorrência de qualquer afetação do ébrio, não vingará a possibilidade de interditá-lo. Nesta trilha de exposição, insta trazer à colação o aresto que explicita o entendimento consolidado pelos Tribunais de Justiça:

Ementa: Se a prova dos autos não se mostra clara e forte o suficiente de que o interditando seja, de fato, um ébrio habitual, tal

como preconizado no art. 4º, II, CC/2002, não se decreta a interdição, medida árdua que retira da pessoa a qualidade de civilmente capaz. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Sétima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 1.0056.07.154700-6/001/ Relator Desembargador Edivaldo George dos Santos/ Julgado em 02.06.2009/ Publicado no DJe em 10.07.2009)

Impende assinalar, com bastante pertinência, que o magistrado deverá delimitar, de maneira clara, os pontos limítrofes da curatela, atentando-se para o estado e o desenvolvimento mental do interdito, averiguando, imperiosamente, o grau de deficiência orgânica e examinando se há atos passíveis de serem praticados. De igual sorte, deverá o juiz observar se o curatelado é detentor de algum grau de discernimento que viabilize a manifestação de sua vontade ou, ainda, se há situação intermediária entre a incapacidade absoluta e capacidade plena, enumerando, por consequência, os atos que podem ser praticados. Avulta pontuar que a incapacidade do ébrio habitual, do deficiente mental, do toxicômano e do excepcional mental completo é variável, comportando gradações.

2.2 Curatela do Nascituro

O nascituro é o ser já concebido, cujo nascimento é dado como um evento certo[9], ainda que não tenha personalidade civil, já que a Lei Substantiva Civil[10] perfilha-se ao entendimento de que a personalidade do homem tem sua gênese com o nascimento, fato é que a lei o põe a salvo desde a concepção. Trata-se, desta sorte, da adoção da teoria concepcionista, que apregoa que o nascituro é pessoa. “Assim, para resguardar esses direitos, a lei determina que se lhe nomeie curador, se a mulher grávida enviuvar, sem condições de exercer o poder familiar”[11], desde que o nascituro tenha direito ao recebimento de herança, doação ou legado. Em tais hipóteses, verifica-se que o nascituro será titular de direito, ainda que esteja subordinado à condição suspensiva, qual seja: o nascimento com vida do nascituro.

Ao lado do expendido, cuida anotar que, ao se admitir a curatela do nascituro, o Código Civil dispensa àquele o mesmo tratamento como absolutamente incapaz, enquadrando-o, por extensão, a hipótese contida no *caput* do artigo 3º do mencionado diploma, a saber: menor de dezesseis anos. “*O nascituro é tratado como menor, a ser representado pelo seu curador, que irá administrar, a título de exemplo, eventuais interesses patrimoniais futuros do mesmo*”[12]. Em estando a genitora do nascituro interdita, o curador do nascituro será o mesmo dela, tratando-se, deste modo, de uma das hipóteses em que é admissível a extensão da autoridade do curador à pessoa e bens dos filhos do curatelado, como bem espanca o artigo 1.778 do Código Civil[13]. Se a genitora do nascituro puder exercer o poder familiar, deverá vindicar exame médico para atestar sua gravidez, para que o magistrado possa investi-la na posse dos direitos sucessórios que caibam ao nascituro.

2.3 Curatela do Ausente

A espécie em comento tem como fito primordial resguardar os bens da pessoa que desaparece de seu domicílio, sem deixar notícias acerca de seu paradeiro ou mesmo representante ou administrador para cuidar de seu acervo patrimonial. Em uma acepção técnica, segundo Gama[14], o ausente é aquele que não se encontra em seu domicílio durante um determinado período, estando em lugar incerto e não sabido, vindo, posteriormente, a ser declarado como tal por um magistrado. A curatela exercida incide sobre os bens do ausente (*cura rei*) e não sobre a pessoa (*cura persona*). “*O Código Civil, art. 23, prescreve que também que também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira*”[15] ou, ainda, não possa exercer ou mesmo continuar o mandato, ou se os poderes a ele conferidos forem insuficientes.

Em verificada a situação de ausência, a requerimento de qualquer dos interessados, como cônjuge ou parente sucessível, ou do representante do Ministério Público, o juiz nomeará curador que, sob compromisso, promoverá a inventariança dos bens, dedicando a eles administração, recebimento das rendas, para, posteriormente, entregá-las ao ausente, quando este retornar, ou ainda ao seus herdeiros. Prima

assinalar que a curatela do ausente se extinguirá após um ano da ausência, uma vez que ocorrerá a conversão daquela em sucessão provisória, a ser vindicada pelos interessados.

2.4 Curadorias Especiais

As denominadas curadorias especiais, ou ainda oficiais, distinguem-se das espécie apresentadas até o momento em razão de sua finalidade específica, que é a administração dos bens e a defesa dos interesses e não a regência das pessoas. Em ocorrendo o seu esgotamento, automaticamente, é esgotada a função do curador. Dentre as curadorias especiais, pode-se enumerar: a instituída pelo testador para os bens deixados a herdeiro ou legatário menor, encontrando respaldo no §2º do artigo 1.733 do Código Civil[16]; a que é dada a herança jacente, com supedâneo no artigo 1.819 da Lei Substantiva Civil[17]; a dada ao filho, sempre que no exercício do poder familiar, os interesses do pai e daquele colidirem, como bem espancam o artigo 1.692 do Códex Civilista e os artigos 142, parágrafo único, e 148, parágrafo único, alínea “f”, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3 Exercício da Curatela

Ao se esmiuçar o instituto da curatela, verifica-se que o mesmo distingue-se da tutela em razão desta incidir sobre menores, enquanto aquela, via de regra, é dada aos maiores ou nascituros. Outrossim, a tutela pode decorrer de provimento voluntário, ao passo que a curatela necessita do deferimento a ser dado pelo magistrado. Ao lado disso, há que se assinalar que os poderes do tutor são mais amplo do que os do curador, o qual é instituído em conformidade com as necessidades de proteção apresentadas pelo curatelado, podendo, como dito algures, consistir em simples administração do acervo patrimonial do curatelado. Ademais, são aplicadas a curatela as disposições aludentes à tutela, desde que estas não contrariem ou estejam em desacordo com o instituto em comento. Desta sorte, o curador terá os mesmos direitos, garantias, obrigações e proibições existentes em relação ao tutor, podendo, inclusive, escusar-se do encargo a ele confiado ou dele ser removido, em configurada uma das hipóteses legais autorizadoras. “*Em situações de dúvidas, o Código Civil*

de 2002 continua determinando a aplicação residual à curatela das regras previstas para a tutela (art. 1.774 do CC)”[18], notadamente no que tange ao exercício, com as devidas restrições.

Nessa senda de exposição, insta anotar que subsiste, ainda, para os curadores o rol de causas voluntárias e proibitórias, entalhadas nos artigos 1.735 e 1.736, ambos do Estatuto Civilista de 2002, inclusive no que concerne à caução, à apresentação do balanço anual e a prestação de contas de sua gestão. “O curador terá ação regressiva contra o curatelado para haver o que despendeu, desde que tenha bens suficientes para tal”[19]. Entrementes, em sendo o curador cônjuge do interdito, em conformidade com as disposições emanadas pelo artigo 1.783 do Código Civil[20], não será obrigado a apresentar contas, desde que o regime de casamento seja o da comunhão universal, excetuando, com efeito, determinação judicial. Tal fato decorre em razão do regime supramencionado estatuir que ambos os cônjuges pertence o acervo familiar, logo, o cônjuge-curador tem interesse na preservação dos bens. Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho arrazoam que “o curador tem de prestar contas periodicamente ou toda vez que for instado a tal mister, tal qual o tutor, estando liberado, tão somente, quando for casado em comunhão universal”[21] com o curatelado. Em se tratando de outros regimes de casamento, há que se realçar que o consorte-curador deverá fazer balanço anual e prestar contas.

O curador é detentor de direitos e deveres concernentes à pessoa e bens do curatelado, estendendo-se sua autoridade à pessoa e ao acervo patrimonial dos filhos do interdito, mesmo quando se tratar de nascituro. Há que se pontuar que o curador nomeado também exercerá o múnus da tutoria em relação aos filhos menores do incapaz condicionado à curatela. Ao lado disso, cuida realçar que os bens do curatelado só serão alienados ou arrendados em hasta pública se houver manifesta vantagem na operação para o interdito, carecendo da competente autorização judicial. “Será dispensável o subastamento, se o curador foi o próprio cônjuge ou o pai; a alienação operar-se-á, então, por autorização judicial”[22], sendo que metade da quantia obtida com a venda do

produto será depositada, com o escopo de assegurar a subsistência do incapaz.

4 Cessação da Curatela

Ao contrário do que ocorre com o instituto da tutela, o qual é essencialmente temporário, a curatela se reveste de definitividade. Tal fato deriva do ideário de quem nem sempre o indivíduo, que se encontra compreendido dentre as hipóteses fáticas que o reconheceu como sendo absoluta ou relativamente incapaz, conseguirá se recuperar e voltar a exercer, de maneira autônoma, os atos da vida civil.

Entrementes, em ocorrendo a recuperação plena do interdito, com efeito, a curatela não mais terá necessidade, culminando em sua cessação. Outrossim, a curatela também poderá cessar, quando configurar a impossibilidade material de continuidade pelo curador, como, por exemplo, adquirir uma doença grave, situação em que deverá ser substituído mediante ordem judicial. Tal como ocorre com o instituto da tutela, poderá o curador ser afastado, se restar devidamente demonstrada a hipótese de negligência, prevaricação ou de incapacidade superveniente, aplicando, de forma analógica, as disposições contidas no artigo 1.766 do Estatuto Civil de 2002.

5 Primeiras Reflexões acerca do Instituto da Curatela Compartilhada: Ponderações ao Artigo 1.175-A do Código Civil

Sensível às ponderações apresentadas até o momento, cuida anotar que a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015[23], que institui a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), foi responsável por desencadear uma série de robustas mudanças no que concerne ao direito assistencial familiar direcionado aos portadores de deficiência. Neste aspecto, a legislação supramencionada introduziu o artigo 1.775-A na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002[24], dispondo sobre o instituto da curatela compartilhada, até então defeso no ordenamento jurídico. Assim, o dispositivo ora aludido dispõe que: “*Art. 1.775-A. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de*

uma pessoa”. Antes mesmo da inclusão do dispositivo, de maneira pontual, os Tribunais vinham decidindo acerca da possibilidade de tal instituto, sempre com vistas à situação peculiar posta em julgamento:

Ementa: Interdição. Curatela compartilhada. Interditanda portadora de paralisia cerebral e epilepsia sintomática, considerada incapaz para o exercício dos atos da vida civil, conforme laudo médico. Requerimento de exercício da curatela por ambos os pais Inobstante a redação do art. 1775, § 1º, do Código Civil, possível o exercício compartilhado do encargo, desde que tal medida se revele de acordo com o melhor interesse do incapaz. No caso, os pais já se encarregam de cuidar da filha, vindo o deferimento da curatela nos moldes da inicial apenas ratificar a situação fática existente - Feito satisfatoriamente instruído por laudo médico particular idôneo a atestar a incapacidade do interditando. Possível o deferimento da curatela compartilhada desde já. Recurso provido (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Primeira Câmara de Direito Privado/ Agravo de Instrumento nº 2180578-36.2014.8.26.0000/ Relator: Desembargador Rui Cascaldi/ Julgado em 28.04.2015).

Ementa: Agravo de Instrumento. Curatela compartilhada entre os pais de interdito portador de autismo infantil. Pedido indeferido em 1ª instância. Situação que exige enorme dedicação dos familiares do interdito, especialmente dos seus pais, nos cuidados a ele devidos e no acompanhamento do seu desenvolvimento. Situação fática na qual já se verifica a sua atuação conjunta, sempre no melhor interesse do interdito. Possível sobrecarga do pai, atual curador, que pode afetar o bem estar da família

e, assim, do incapaz. Pleito que, no caso, mostra-se razoável e em harmonia com a própria finalidade do instituto da curatela. Ausência de vedação legal. Jurisprudência deste e. Tribunal. Recurso provido (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Sétima Câmara de Direito Privado/ Agravo de Instrumento nº 2002799-94.2014.8.26.0000/ Relatora: Desembargadora Mary Grün/ Julgado em 02.04.2014).

Ementa: Curatela Compartilhada. Interdição - Interdito portador de Síndrome de Down - Inexistência de bens - Para o desenvolvimento do portador da Síndrome de Down, e sua inserção na sociedade e no próprio mercado de trabalho, exige-se muito mais do que vencer o preconceito e a discriminação, mas a dedicação incansável de pais e irmãos na educação e estimulação, desde o nascimento, e o acompanhamento em cursos e atividade especiais, e os cuidados perenes, havendo atualmente sobrevida até os 50 anos, mas com uma série de problemas, como o Mal de Alzheimer, de forma, até a recomendar, no caso específico, que a curatela seja compartilhada entre os genitores, e, eventualmente, pelos irmãos - Divergências podem surgir, como, também, ocorrem no exercício do poder familiar e da guarda compartilhada, e se for necessário, caberá ao juiz dirimir a questão - Ausência de vedação legal, recomendando-a a experiência no caso concreto - Recurso parcialmente provido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Primeira Câmara de Direito Privado/ Agravo de Instrumento nº 0089430-38.2012.8.26.0000/ Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior/ Julgado em 02.10.2012).

Verifica-se, em um primeiro momento, que o dispositivo acrescido ao Código Civil desfralda como bandeira maior a garantia de o *múnus* exercido pela figura do curador proporcione maior garantia de tratamento digno e ambiente propício ao desenvolvimento das potencialidades do curatelado. Ora, neste passo, a legislação volta-se para o superprincípio da dignidade da pessoa humana, pilar sustentador e abalizador da interpretação dos dispositivos constituintes do ordenamento brasileiro. Para tanto, o instituto em comento observará, imperiosamente, o procedimento adotado para a guarda compartilhada. Neste sentido, “*na prática muitos curadores, assim como na guarda, já compartilham a curatela de seus pais ou parentes. É uma forma de suavizar o árduo trabalho com o exercício da curatela e interdições, e dividir responsabilidades*”, como observa Rodrigo da Cunha Pereira[25].

Ora, a curatela compartilhada, guardando pertinência axiológica com o procedimento da guarda compartilhada, encontrará cabimento em pedido formulado, em um primeiro momento, por ambos os genitores, com vistas a materializar o direito fundamental à convivência na tríplice dimensão da proteção, promoção e do acesso dos filhos a uma estruturação psíquica. Desta feita, o momento em que há a decretação da supressão da capacidade não pode ser confundido com um corte na relação entre o indivíduo e um dos seus pais, o que geralmente é constatado quando o dever de cuidado é atribuído a apenas um dos genitores. Em mesma linha de pensamento, o teórico Nelson Rosenvald obtempera que

Assim, o requerimento de curatela compartilhada pelos pais não significa apenas mais uma opção que adere ao rol perfilhado no art. 1.775, do Código Civil, senão o desfecho prioritário na eleição da pessoa do curador, justamente por se tratar da solução virtuosa que melhor dignifica a pessoa do interdito, sendo o processo um instrumento de efetivação das aspirações do direito material. A guarda compartilhada poderá alcançar outros sujeitos conforme aponte a concretude do caso.

Ilustrativamente, a responsabilização conjunta de um genitor e um irmão, ou mesmo um filho da pessoa interdita; os dois avós do curatelado; um padrasto e um tio... enfim, no contexto ampliado das famílias a noção de afetividade assume um caráter objetivo, para se aproximar de um ethos de solidariedade entre pessoas que partilham a sua existência”, disse[26].

É conveniente apontar que, conquanto o exemplo acima aluda a ambos os genitores, inexistente obstáculo que a curatela compartilhada seja deferida a outros indivíduos na cadeia de parentesco, com o escopo primordial de atender o bem-estar e o melhor interesse do curatela, seu desenvolvimento psíquico e físico e observância da dignidade da pessoa humana. A nova modalidade de curatela encontra inserção no contexto e na acepção de cidadania, inclusão e evolução do pensamento psiquiátrico. Ora, a partir de tal viés, denota-se que, quando há a interdição de alguém, retira-lhe a capacidade civil e, por via de consequência, há a expropriação da cidadania. Constatou-se que a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015[27], dentre outras coisas, objetivou assegurar a preservação de aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana dos indivíduos com deficiência, assegurando maior autonomia e tratamento digno. Assim, ao se alargar tal espectro para a curatela compartilhada, verifica-se que o escopo é a estruturação de um ambiente sadio e coerente para o desenvolvimento do curatelado, afastando-se do signo da exclusão tradicionalmente incidente em tal instituto assistencial.

Referências:

ANDRADE, Arthur Guerra de (coordenador-geral). **Integração de competência no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

_____. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 jan. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: A Família em Perspectiva Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico.** Campinas: Editora Russel, 2006.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 27 jan. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. **Consultor Jurídico:** 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em 27 jan. 2017.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 27 jan. 2017.

ROSENVALD, Nelson. Curatela Compartilhada para pessoas com deficiência é aprovada pela Câmara. **IBDFAM.** Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5698/Curatela+compartilhada+pa>

ra+peçoas+com+defici%C3%Aancia+%C3%A9+aprovada+pela+C%C3%A2mara>. Acesso em 27 jan. 2017.

SANTA CATARINA (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em 27 jan. 2017.

SÃO PAULO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 27 jan. 2017.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**, v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012.

NOTAS:

[1] GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. Campinas: Editora Russel, 2006, p. 123.

[2] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 702.

[3] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**, v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 513.

[4] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

[5] ANDRADE, Arthur Guerra de (coordenador-geral). **Integração de competência no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011, p. 17.

[6] DINIZ, 2012, p. 708.

[7] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 514.

[8] DINIZ, 2012, p. 708.

[9] GAMA, 2006, p. 262.

[10] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2017: “**Art. 1.779.** *Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar*”.

[11] DINIZ, 2012, p. 710.

[12] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 520.

[13] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2017: “**Art. 1.778.** *A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observado o art. 5º*”.

[14] GAMA, 2006, p. 51.

[15] DINIZ, 2012, p. 710-711.

[16] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2017: “**Art. 1.733.** *Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor. [omissis] §2º Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela*”.

[17] Ibid. “**Art. 1.819.** *Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância*”.

[18] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 519.

[19] DINIZ, 2012, p. 717.

[20] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2017: “**Art. 1.783.** *Quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial*”.

[21] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: A Família em Perspectiva Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 735.

[22] DINIZ, 2012, p. 718.

[23] BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 jan. 2017.

[24] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

[25] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. **Consultor Jurídico:** 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em 27 jan. 2017, s.p.

[26] ROSENVALD, Nelson. Curatela Compartilhada para pessoas com deficiência é aprovada pela Câmara. **IBDFAM.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5698/Curatela+compartilhada+para+pe%C3%A7as+com+defici%C3%Aancia+%C3%A9+aprovada+pela+C%C3%A2mara>>. Acesso em 27 jan. 2017, s.p.

[27] BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 jan. 2017.

DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ARTUR BARBOSA DA SILVEIRA: Procurador do Estado de São Paulo (PGE/SP). Principais cargos públicos anteriormente exercidos: Advogado da União (AGU), Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Analista Processual do Ministério Público da União (MPU).

Resumo: O presente artigo irá abordar dois dos métodos mais relevantes de solução pacífica das controvérsias previstos na legislação brasileira, quais sejam, a conciliação e a mediação. Nesse sentido, tais institutos serão inicialmente confrontados com a arbitragem e posteriormente estudados à luz do atual Código de Processo Civil e da legislação específica, sendo que tais diplomas em conjunto compõem o microsistema brasileiro de conciliação e mediação. A importância do estudo em tela é manifesta, uma vez que o atual Código de Processo Civil, eminentemente principiológico, relaciona a conciliação e a mediação com os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, da eficiência e da celeridade, com prevalência da solução consensual dos conflitos.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Diferenças e semelhanças entre conciliação, mediação e arbitragem. 3. O microsistema brasileiro da conciliação e da mediação. 4. Conciliação e mediação no Código de Processo Civil. 4.1 – Dos conciliadores e mediadores judiciais: arts. 165 a 175 do CPC. 4.2. Da ausência de conciliação ou mediação: art. 334 do Código de Processo Civil. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O CPC de 2015 foi fruto de um trabalho árduo da comissão de juristas responsáveis pela sua elaboração, no sentido de atender aos anseios da população, privilegiando a simplicidade, a celeridade e efetividade do processo e da ação processual, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, respeitando e aperfeiçoando, contudo,

os direitos básicos das partes ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

Dentre os objetivos expressamente listados na exposição de motivos do CPC de 2015, podemos destacar o estabelecimento de uma sintonia fina entre o Código de Processo Civil e a Constituição Federal, com a simplificação dos procedimentos, trazendo maior organização ao sistema como um todo e conferindo-lhe maior coesão.

Nesse sentido, o art. 3º e parágrafos do novo CPC consagra o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e ressalta a importância da arbitragem, da conciliação e da mediação como formas alternativas e preferíveis para a solução das controvérsias, ao prescrever que, “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, “é permitida a arbitragem, na forma da lei”, “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

2. Diferenças e semelhanças entre conciliação, mediação e arbitragem

Inicialmente, para fins didáticos, podemos assim diferenciar os institutos da conciliação, da mediação e da arbitragem: na conciliação, há a solução do conflito por autocomposição, mediante atuação de conciliador, sendo que, em geral, não há vínculo anterior entre as partes e o conciliador apresenta propostas e sugere soluções (mais proativo), analisando aspectos objetivos do conflito.

O acordo obtido na conciliação gera título executivo extrajudicial, sendo necessária a homologação do juiz para transformar o título em judicial (arts. 515, II e III, c/c o 784, IV, do CPC de 2015).

Na mediação, também há a solução do conflito por autocomposição, porém, mediante a atuação do mediador, havendo, em geral, vínculo

anterior entre as partes (exemplo: ações de família). O mediador analisa aspectos subjetivos (emoções) no conflito e estimula as partes a elas próprias encontrarem a melhor solução. O acordo gera título executivo extrajudicial, sendo necessária a homologação do juiz para transformar o título em judicial (arts. 515, II e III, c/c o 784, IV, do CPC de 2015).

Tanto a conciliação quanto a mediação possuem por objeto direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, valendo ressaltar, no entanto, que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (§ 2º do art. 3º da Lei 13.140/2015 – Lei da Mediação).

Na arbitragem, por seu turno, ocorre a solução do conflito por heterocomposição e a decisão do litígio é atribuída pelas partes a pessoa neutra e imparcial, chamada árbitro (Lei 9.307, de 23.09.1996, alterada pela Lei 13.129, de 26 de maio de 2015). Há título executivo judicial (art. 515, VII, do CPC) e independe de homologação judicial.

Ainda no tocante à arbitragem, veja-se que a legislação do novo CPC passou a utilizar a expressão “convenção de arbitragem” no sentido abrangente de “cláusula arbitral” e de “compromisso arbitral”, aplicando o mesmo regime jurídico a ambos, desaparecendo, na prática, a sua clássica diferenciação doutrinária (art. 260, § 3º, e 485, VII).

3. O microsistema brasileiro da conciliação e da mediação

O estudo da conciliação e da mediação não pode ser feito isoladamente, uma vez que há um verdadeiro microsistema jurídico envolvido, composto pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, pela Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) e pelo atual Código de Processo Civil. Frise-se que, no caso de conflito entre o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, prevalece esta última, por ser norma posterior e especial.

No tocante à Resolução 125, de 29.11.2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com alterações pelas Emendas 1, de 31.01.2013 e 2, de 08.03.2016, podemos citar as suas principais características e inovações:

I – Foi inspirada no direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal;

II - Instituiu a política judiciária nacional de tratamento de conflitos de interesse, incumbindo os órgãos judiciários de oferecerem mecanismos consensuais de soluções de controvérsias (mediação e conciliação), bem como de prestarem atendimento e orientação ao cidadão (art. 1º, caput e parágrafo único);

III - Atribuiu ao CNJ (Conselho Nacional de Justiça) a organização do programa, mediante a formulação de diretrizes gerais de implementação do sistema de conciliação e mediação (arts. 4º a 6º);

IV - Determinou, no âmbito dos Tribunais, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, com diversas atribuições (art. 7º e incisos);

V - Determinou aos Tribunais a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), para realizarem sessões de conciliação e mediação pré-processuais ou processuais (art. 8º);

VI - Delegou aos Juízos, Juizados e Varas, excepcionalmente, a realização das sessões de conciliação e mediação processuais, com participação obrigatória de profissionais cadastrados no Tribunal e supervisionados por Juiz Coordenador do Centro (art. 8º, § 1º);

VII - Fixou a obrigatoriedade de atuação nos Centros e demais órgãos judiciários de mediadores e conciliadores devidamente capacitados pelos Tribunais (art. 12);

VIII - Previu a criação de Fóruns de Coordenadores de Núcleos (art. 12-A e 12-B), para estabelecerem diretrizes específicas aos seus seguimentos;

IX - Regulamentou as Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, obrigando-as ao cadastramento e à avaliação periódica pelos Tribunais (art. 12-C a 12-F);

X - Obrigou os Tribunais e o CNJ a manterem dados estatísticos sobre as atividades dos Centros (arts. 13 e 14);

XI - Criou o “portal da conciliação”, com informações disponibilizadas pela internet (site do CNJ) sobre conciliação e mediação (art. 15);

XII - No Anexo I, estabeleceu diretrizes curriculares dos cursos de capacitação dos conciliadores de mediadores;

XIII - No Anexo III, há previsão de um “Código de Ética” para os conciliadores e mediadores judiciais. Já a Lei de Mediação (Lei 13.140, de 26.06.2015), criou tratamento específico para o instituto, prevendo em seu texto disposições gerais sobre a mediação, princípios aplicáveis, mediação judicial e extrajudicial, requisitos e atribuições dos mediadores extrajudiciais e judiciais, procedimento da mediação judicial e extrajudicial, confidencialidade da mediação e suas exceções e também o inovador procedimento da autocomposição de conflitos envolvendo pessoa jurídica de direito público.

O tratamento da conciliação e da mediação no atual Código de Processo Civil será a seguir estudado.

4. Conciliação e mediação no Código de Processo Civil

No Código de Processo Civil de 2015, as disposições sobre mediação e conciliação são encontradas nos seguintes dispositivos:

I - Art. 3º, §§ 2º e 3º: Das normas fundamentais do processo civil, com estímulo à conciliação, mediação e solução consensual dos conflitos, nos âmbitos judicial e extrajudicial, pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

II - Arts. 165 a 175: Dos conciliadores e mediadores judiciais.

III - Art. 334: Da audiência de conciliação ou de mediação.

O estudo do art. 3º e parágrafos do atual CPC já foi realizado no início desse trabalho, sendo desnecessária a sua repetição.

Assim sendo, passemos à análise dos arts. 165 a 175 do atual CPC, que preveem a figura dos conciliadores e dos mediadores judiciais.

4.1 – Dos conciliadores e mediadores judiciais: arts. 165 a 175 do CPC

O *caput* do art. 165 do atual CPC determina aos Tribunais a criação dos Centros judiciários de solução consensual de conflitos, sendo que tal disposição segue os ditames da Resolução 125/2010 do CNJ, que determina a criação dos CEJUSCs com setores processual, pré-processual e de atendimento ao cidadão; no mesmo sentido, ainda, o art. 24, *caput*, da Lei de Mediação.

O § 1º do art. 165 do CPC delega aos Tribunais a composição e a organização dos Centros de conciliação e mediação, estando o dispositivo no mesmo sentido do art. 24, parágrafo único, da Lei de Mediação e das regras específicas da Res. 125/2010 do CNJ (art. 8º e parágrafos).

Os §§ 2º e 3º do art. 165 preveem, respectivamente, as figuras do conciliador, que atua preferencialmente nas causas onde não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções, sem uso de constrangimento ou intimidações, e do mediador, que atua preferencialmente nas causas onde houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando as partes no restabelecimento da comunicação e identificação das soluções.

O art. 166, *caput*, do CPC, lista os princípios da conciliação e da mediação, devendo tal dispositivo ser analisado conjuntamente com o “Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais”, consistente no Anexo III à Resolução 125/CNJ e também com o art. 2º da Lei de Mediação.

A partir da interpretação conjunta das normas supra, podemos elencar os seguintes princípios aplicáveis à conciliação e à mediação:

I. Independência: dever do profissional da conciliação ou mediação atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa.

II. Imparcialidade: dever do profissional de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito.

III. Autonomia da vontade: livre autonomia dos interessados, inclusive no tocante às regras procedimentais. Entretanto, há certos princípios e regras que devem ser observados no procedimento, conforme especificado Anexo III da Res. 125/2010;

IV. Confidencialidade: inclui todas as informações produzidas no curso do procedimento, que não podem ser utilizadas para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes; nesse sentido, os conciliadores ou mediadores não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

V. Oralidade e informalidade: na solução de um conflito, admite-se a aplicação de técnicas negociais para facilitar a auto-composição;

VI. Decisão Informada: dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido.

VII. Isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé (conforme previsão do art. 2º da Lei de Mediação);

VIII. Competência: dever do profissional de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma da Resolução 125/CNJ, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

IX. Empoderamento: dever do profissional de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na auto-composição;

X. Validação: dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

Prosseguindo no estudo do tema, o art. 167, caput, do CPC exige a inscrição dos conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação em cadastros nacionais (no CNJ – Conselho Nacional de Justiça) e regionais (nos Tribunais de Justiça estaduais e Tribunais Regionais Federais), que manterão registros de profissionais habilitados com indicação da área profissional.

O § 1º do art. 167 do CPC exige a capacitação mínima para cadastro dos conciliadores e mediadores, que deverão fazer cursos em entidades credenciadas, com parâmetro curricular definido pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

A Lei de Mediação, por sua vez, exige ainda que o mediador judicial seja graduado há pelo menos 2 (dois) anos em curso de ensino superior reconhecido pelo MEC – Ministério da Educação e Cultura (art. 11 da Lei 13.140/2015).

O art. 167, § 2º, do CPC, prevê que o registro do profissional da conciliação ou mediação pode ser precedido de concurso público, havendo posterior envio de lista dos registrados ao chefe de cartório, com escolha aleatória, alternada, e igualitária dentro da mesma área de atuação do profissional.

Os §§ 3º e 4º do art. 167 estabelecem que o credenciamento conterá todos os dados relevantes sobre a atuação do conciliador ou mediador (área de atuação, número de processos em que atuou etc.), com publicação, ao menos anual, para conhecimento da população.

O § 5º do art. 167 prevê uma regra prejudicial aos advogados: os conciliadores e mediadores judiciais, se advogados, estão impedidos de exercerem a advocacia perante o Juízo que atuarem.

Na verdade, tal dispositivo merece críticas, uma vez que estabelece uma verdadeira presunção absoluta de má-fé do advogado mediador/conciliador, não havendo sequer previsão nesse sentido na Lei de Mediação e no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O § 6º do art. 167 reza que o Tribunal poderá optar por criar quadro próprio de mediadores e conciliadores, preenchido mediante concurso público.

Nos termos do caput do art. 168 do CPC, as partes poderão escolher de comum acordo o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e mediação.

Já o art. 25 da Lei de Mediação prevê que, na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes. Entendemos que, ante a divergência entre as referidas disposições, no ponto, deve prevalecer a regra da lei de mediação, que é especial e posterior ao atual CPC.

O § 1º do art. 168 do CPC prescreve que o conciliador ou mediador escolhido de comum acordo poderá ou não estar cadastrado; já o § 2º do mesmo art. reza que, não havendo comum acordo quanto à escolha, haverá a distribuição do feito entre os cadastrados no registro do Tribunal; por seu turno, o § 3º prevê a “comediação” ou conciliação conjunta, na qual poderá haver a designação de mais de um conciliador ou mediador (em geral questões mais complexas, envolvendo direito de família, conflitos agrários, dentre outros) para a solução da lide.

O art. 169, *caput*, do CPC, estabelece que o conciliador ou o mediador receberá remuneração, conforme tabela fixada pelo Tribunal e parâmetros do CNJ, estando tal regra no mesmo sentido do art. 12, § 5º, da Resolução 125/CNJ; complementando a disposição do art. 169, *caput*, temos que, nos termos da Lei de Mediação, o custeio da remuneração será arcado pelas partes, ressalvada a gratuidade de justiça (cf. art. 13 c/c art. 4º, § 2º).

O § 1º do art. 169 reza que a conciliação ou mediação poderá consistir em trabalho voluntário (e nesse caso não haverá remuneração, ex: conciliação comunitária); já o § 2º do mesmo dispositivo prevê que as câmaras privadas de conciliação e mediação deverão atuar em determinado percentual de audiências não-remuneradas, em prol dos necessitados, como retribuição ao seu credenciamento nos Tribunais.

No ponto, ressalte-se que o art. 12-D da Resolução 125/CNJ prevê incumbir aos Tribunais o estabelecimento do percentual das audiências não-remuneradas.

Conforme o art. 170 do CPC, havendo impedimento, o conciliador ou o mediador deve comunicá-lo imediatamente e de preferência eletronicamente ao juiz do processo (no caso de mediação judicial) ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos (no caso de mediação extrajudicial), ensejando a escolha de outro profissional.

Em complemento à regra acima, temos que, segundo o art. 5º da Lei de Mediação, “aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz”.

A regra do art. 171 do CPC é no sentido de que, no caso de impossibilidade temporária de exercício, o conciliador ou mediador também devem comunicar o fato, suspendendo-se a distribuição de feitos.

Como a Lei de Mediação é omissa nesse sentido, aplica-se integralmente esse dispositivo da lei processual civil.

O art. 172 do CPC prevê a ocorrência de impedimento do conciliador ou do mediador em assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, no prazo mínimo de 1 ano, a contar da última audiência.

No mesmo sentido é a Lei de Mediação (art. 6º), que ainda prevê outros impedimentos ao mediador, como o de atuar como árbitro ou funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador (art. 7º); o

mediador e seus assessores, quando no exercício de suas funções, são equiparados a servidores públicos para fins penais (art. 8º).

O art. 173 do CPC estabelece a exclusão do cadastro nos Tribunais do mediador ou conciliador que atuar indevidamente (estando impedido ou agir com dolo ou culpa e violar seus deveres), devendo esse art. ser interpretado em conjunto com o Código de Ética do Anexo III da Res. 125/2010 do CNJ.

O § 1º do art. 173 do CPC impõe que a apuração de responsabilidades e a fixação de sanções se darão mediante processo administrativo, o que se coaduna com o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 – princípios do contraditório e da ampla defesa.

O § 2º do art. 173 do CPC prevê o afastamento temporário por até 180 (cento e oitenta) dias, mediante decisão fundamentada do juiz, no caso de suspeita de conduta irregular do mediador ou conciliador, com imediata comunicação do Tribunal para instauração de processo administrativo.

Segundo o art. 174 do CPC, todos os entes públicos deverão criar câmaras de conciliação e mediação para solucionar administrativamente conflitos envolvendo a Administração Pública ou promover assinatura de termo de ajustamento de conduta, havendo, na Lei de Mediação, uma disciplina mais completa do tema nos arts. 32 a 40.

O art. 175, caput, do CPC diz que não são excluídas outras formas de mediação e conciliação extrajudiciais, que podem ser feitas por profissionais independentes, nos termos de lei específica, sendo tais disposições aplicáveis às Câmaras de conciliação e mediação, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo.

4.2. Da ausência de conciliação ou mediação: art. 334 do Código de Processo Civil

Uma importante inovação contida no novo Código de Processo Civil refere-se à inclusão do processo no contexto social que o circunda, dando-se ênfase à possibilidade das partes de colocarem fim ao conflito por meio da mediação ou da conciliação. Nesse sentido, o legislador entendeu que a satisfação efetiva das partes ocorre por meio da solução criada por elas mesmas, e não pela decisão imposta pelo juiz.

Por exemplo, na realização da audiência inicial, o juiz tentará fazer com que as partes cheguem a um acordo, e somente no caso de negativa de acordo terá início o prazo para a apresentação da contestação.

Assim, nos termos do art. 334, incisos e parágrafos, do novo CPC, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz obrigatoriamente designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo o réu ser citado com 20 (vinte) dias de antecedência, no mínimo.

O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, podendo haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não excedentes a 02 (dois) meses da primeira, desde que necessária à composição das partes, sendo a intimação do autor para a audiência feita na pessoa do seu advogado.

Ressalte-se que, segundo a doutrina, o prazo referido acima tem natureza dilatória, ou seja, as partes, de comum acordo, poderão pedir a dilação do prazo, com base no princípio da autonomia da vontade, que rege a justiça conciliativa (art. 166, § 4º, do CPC). Veja-se, outrossim, que a Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) prevê o prazo de 60 (sessenta) dias para a conclusão final do procedimento de mediação judicial, salvo pedido de prorrogação das partes, de comum acordo (conforme o seu art. 28).

Segundo a mesma Lei da Mediação, referido procedimento pode versar sobre todo conflito ou parte dele (art. 3º, § 1º, da Lei 13.140/2015).

A audiência de conciliação ou mediação não será marcada se as partes previamente manifestarem desinteresse, ou se o processo, por sua natureza, não admitir a autocomposição (art. 334, § 4º, do CPC).

O § 5º do art. 334, por sua vez, prescreve o momento de manifestação de desinteresse na audiência: pelo autor, na petição inicial, ou pelo réu, mediante petição nos autos com ao menos 10 (dez) dias de antecedência da data da audiência.

Segundo o art. 334, § 6º, do CPC, no caso de litisconsórcio, o desinteresse pela audiência deverá ser manifestado por todos os litisconsortes; segundo a doutrina, essa previsão abrange qualquer espécie de litisconsórcio previsto na legislação processual civil.

No ponto, vislumbramos um conflito normativo entre o atual CPC e a Lei de Mediação, pois esta última, no seu art. 27, prescreve que: “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação”.

Temos, assim, o seguinte questionamento: é obrigatória a realização da audiência de conciliação ou mediação mesmo que o autor opte pela sua não realização e/ou as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual (conflito entre os arts. 319, VII e 334, § 4º, I, e §§ 5º e 6º, do novo CPC)?

Segundo o nosso entendimento, prevalece a Lei de Mediação, logo, a audiência inaugural de mediação será obrigatória se a petição inicial preencher os requisitos iniciais e não for caso de improcedência liminar do pedido.

Prosseguindo, vemos que, segundo prescreve o § 7º do art. 334 do CPC, a audiência poderá se dar por meio eletrônico, nos termos da lei; em complemento, ressaltamos, na espécie, que o art. 46 da Lei de Mediação admite a realização da audiência pela internet ou outro meio eletrônico de comunicação equivalente.

Temos ainda que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, § 8º, do CPC).

Entretanto, embora o comparecimento à audiência seja obrigatório, ninguém é obrigado a permanecer no procedimento de mediação (art. 2º, § 2º, da Lei de Mediação).

Segundo o § 9º do art. 334 do CPC, as partes devem estar obrigatoriamente acompanhadas por advogado ou defensor público na audiência de conciliação/mediação.

Todavia, no caso da mediação judicial, a Lei de Mediação não obriga a presença de advogado ou defensor nos Juizados Especiais (Leis 9.099/1995 e 10.259/2001); já no caso de mediação extrajudicial, a Lei de Mediação faculta a presença de advogado ou defensor (conforme o seu art. 10).

Reza o § 10 do art. 334 do CPC que a parte poderá constituir procurador para a audiência, sempre com poderes específicos, podendo negociar ou transigir; e o § 11 do mesmo dispositivo prevê que a autocomposição será reduzida a termo e homologada por sentença (é título executivo judicial).

Já a lei de mediação não obriga a homologação do título pelo juiz, mas, nesse caso, o título executivo será extrajudicial (art. 20, parágrafo único, da Lei 13.140/2015).

O art. 29 da Lei de Mediação estabelece que: “solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais”.

Por fim, o art. 334, § 12º, do CPC, prevê a organização pelos Tribunais de pauta das audiências com intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

5. Conclusão

O Código de Processo Civil atual preconiza e privilegia a solução consensual dos conflitos, prevendo, a todo momento, a utilização da conciliação e da mediação, em atendimento aos princípios constitucionais da eficiência e da celeridade.

Na conciliação, há a solução do conflito por autocomposição, mediante atuação de conciliador, sendo que, em geral, não há vínculo anterior entre as partes e o conciliador apresenta propostas e sugere soluções, analisando aspectos objetivos do conflito.

Na mediação, também há a solução do conflito por autocomposição, porém, mediante a atuação do mediador, havendo, em geral, vínculo anterior entre as partes. O mediador analisa aspectos subjetivos no conflito e estimula as partes a elas próprias encontrarem a melhor solução. O acordo gera título executivo extrajudicial, sendo necessária a homologação do juiz para transformar o título em judicial.

Na arbitragem, por seu turno, ocorre a solução do conflito por heterocomposição e a decisão do litígio é atribuída pelas partes a pessoa neutra e imparcial, chamada árbitro, havendo título executivo judicial, que independe de homologação judicial.

O estudo da conciliação e da mediação não pode ser feito isoladamente, uma vez que há um verdadeiro microsistema jurídico envolvido, composto pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, pela Lei de Mediação e pelo atual Código de Processo Civil. Frise-se que, no caso de conflito entre o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, prevalece esta última, por ser norma posterior e especial.

A audiência de conciliação e mediação tem previsão no art. 334 do Código de Processo Civil, sendo obrigatória a realização mesmo que o autor opte pela sua não realização e/ou as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual, visto que, nesse ponto, prevalece a Lei de Mediação. Logo, a audiência inaugural de

mediação será obrigatória se a petição inicial preencher os requisitos iniciais e não for caso de improcedência liminar do pedido.

6. Referências

BARBOSA DA SILVEIRA, Artur. **Inovações no Processo Civil Brasileiro: Comentários Tópicos ao Novo Código de Processo Civil**. Editora Juruá. 3ª Edição. Curitiba: 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 125, de 29/11/2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 11/04/2017.

BRASIL. **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015 (Lei de Mediação)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 12/04/2017.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16.03.2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 13.4.2017.

A LEGALIDADE DOS CONTRATOS DE TIME-SHARING TURÍSTICO NO BRASIL E AS DESVANTAGENS CAUSADAS AO CONSUMIDOR POR SUAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

ARIELLA LUNARDI DE OLIVEIRA:
acadêmica do curso de Direito na
Faculdade Católica do Tocantins

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA [\[1\]](#)

RESUMO: Com o advento de novas práticas consumeristas e contratuais, percebeu-se a necessidade de analisar a legalidade dos contratos de time-sharing ou férias compartilhadas no Brasil, e a incidência de suas cláusulas abusivas presentes no instrumento contratual dessa espécie. Como principal intuito, o presente artigo científico vem abordar o conceito de programa time-sharing turístico, explanando sua utilização e demonstrando seu crescimento no Brasil, apontando as cláusulas e práticas abusivas encontradas nos contratos de time-sharing e apresentando as consequências jurídicas em face da ofensa ao direito do consumidor no momento em que o consentimento livre e informado é quebrado pelos abusos, propagandas enganosas e vícios na prestação de serviço. Discutir-se-á inclusive a possibilidade da desistência contratual ou arrependimento posterior de acordo com o Código do Consumidor. Contemplaremos também casos concretos, verificando os entendimentos e soluções já tomadas para os consumidores que foram lesados pela má execução contratual, fazendo uma analogia no caso específico desses contratos de time-sharing turístico.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Contratos; *Time-sharing Turístico*; Cláusulas Abusivas; Legalidade.

ABSTRACT: With the advent of new consumer and contractual practices, it was noticed the need to analyze the legality of time-sharing contracts or shared vacations in Brazil, and the incidence of abusive clauses present in the contractual instrument of this species. As a main purpose, the present scientific article approaches the concept of tourist time-sharing program, explaining its use and demonstrating its growth in Brazil, pointing out the clauses and abusive practices found in time-

sharing contracts and presenting the legal consequences in face of offense to consumer's right at a time when free and informed consent is broken by abuse, misleading advertisements and vices in the provision of service. The possibility of contractual withdrawal or subsequent repentance in accordance with the Consumer Code will also be discussed. We will also look at concrete cases, verifying the understandings and solutions already taken for consumers who have been harmed by poor contractual enforcement, making an analogy in the specific case of these tourist time-sharing contracts.

Keywords: Consumer Law; Contracts; Tourist time-sharing; Abusive Clauses; Legality.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PROGRAMA TIME-SHARING. 2.1 DEFINIÇÕES, CRESCIMENTO NO BRASIL E LEGALIDADE. 2.2 CONTRATO E PUBLICIDADE. 3 CLÁUSULAS ABUSIVAS. 4 PROTEÇÕES JURÍDICA. 5 ANÁLISES DE EMENTAS EM ANALOGIA AOS CASOS DE ABUSO EM CONTRATOS DE TIME-SHARING TURÍSTICO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A cada dia novidades e modalidades contratuais diferentes surgem no ordenamento jurídico brasileiro. Não é mais surpresa quando as mesmas, por má forma de utilização ou aplicabilidade, acabam virando objeto de discussão entre doutrinadores e operadores do direito.

A novidade abordada no presente trabalho acadêmico, chegou no Brasil vindo dos EUA e Europa há cerca de três décadas chamando-se contrato de Time-Sharing Turístico ou também conhecido como férias compartilhadas. A espécie que ganhou maior força nos últimos dez anos no país, visa facilitar a vida de consumidores em busca de lazer e estadia nos melhores hotéis e resorts ao redor do mundo. Basicamente trata-se um contrato em que o contraente ao firmar compromisso com a empresa fornecedora, tem ofertado pela mesma a reserva de forma

compartilhada de imóveis, quartos ou diárias em clubes, hotéis, resorts e demais complexos turísticos, por períodos de tempo delimitado intercalado com outras famílias, mediante pagamento de contraprestações mensais e taxas. Essa prática, por ser uma aquisição em “grupos”, acaba sendo mais viável financeiramente, pelas mensalidades mais baratas e facilidades de contratação, o que chama atenção de consumidores para realizarem o desejo das férias dos sonhos.

O questionamento sobre sua eficácia tem início quando a execução desses contratos não se dá na forma esperada, gerando litígios e na maioria dos casos indo parar na justiça. O motivo principal gira em torno das cláusulas abusivas e marketing agressivo realizado pelos vendedores bem treinados dessas empresas. O consumidor ao realizar o contrato de forma impensada, em momentos de descontração e fora do ambiente comercial adequado, acaba por arrepende-se em grande parte das vezes ao perceber que não era aquilo que exatamente havia sido oferecido anteriormente, como por exemplo o pagamento de valores e taxas inesperados, dificuldades em realizar reservar ou até mesmo padrão muito mais baixo das hospedagens do que havia sido adquirido previamente.

A solução para estes conflitos acaba tornando-se exaustiva, uma vez que o contrato celebrado, muitas vezes já está em processo de execução. Ocorre que o contraente, respaldado pelo Código do Consumidor tem possibilidade de arrependimento posterior em até sete dias, ou mesmo a anulação do negócio jurídico acometido pela incidência de cláusulas abusivas e ausência de boa-fé, requisito primordial que cerca toda e qualquer modalidade contratual.

Com a modernização do direito do consumidor, e maior acesso à informação todos os dias, as empresas estão cada vez mais coagidas a não cometerem abusos ou tentativas de aplicação de golpes. A matéria ainda precisa ser muito discutida, e observada nos seus mais diversos ângulos, por isso a importância de tratar do assunto de forma destrinchada, para sabermos como ocorre e porque ocorre de tal forma, buscando soluções, precauções e levando informação à todos os

consumidores, visto que qualquer pessoa é um possível adquirente de tais programas turísticos.

2 O PROGRAMA TIME-SHARING

2.1 DEFINIÇÃO, CRESCIMENTO NO BRASIL E LEGALIDADE.

O sistema de *time-sharing* turístico ou conhecidamente no Brasil como sistema de “férias compartilhadas” ou “multipropriedade” é uma aparato relativamente novo, que há cerca de três décadas surgiu no nosso país com a intenção de facilitar e ou promover oportunidades democráticas para famílias terem acesso a complexos turísticos como redes hoteleiras, resorts e parques, por determinada fração de tempo, em troca de pecúnia acessível que corresponda proporcionalmente aos dias usufruídos. Trata-se de um contrato de longo prazo para aluguel de imóveis, onde um direito real adquirido no momento da contratação “garante” diárias em complexos turísticos espalhados por todo mundo.

Com tradição na Europa após surgir nos anos 60, e com grande difusão nos Estados Unidos e México, a prática chegou ao nosso país com força principalmente na última década, colocando um novo modelo no mercado de planejamento de férias, proporcionando menos gastos e mais conforto para quem o adquire. Os números de programas adquiridos são exorbitantes no exterior e em constante crescimento no Brasil. No ano de 2014 já se contabilizava cerca de 80 mil famílias brasileiras contraentes dessa espécie de programa, o que representa 30% de toda demanda da América Latina, de acordo com a RCI (*Resort Condominiums International*), líder em todo o mundo nos programas de *time-sharing* e pioneira no Brasil.

Tal crescimento é devido a nova maneira de pensar dos brasileiros, que vem modernizando seus costumes, valorizando mais a saúde física e mental ao se preocuparem com férias em família, lazer e diversão. Outro grande fator que motiva à procura de contratos de férias compartilhadas é oriundo da necessidade de “economizar”, ou de obter meios menos

onerosos para conquistarem as tão sonhadas férias com menos gastos, e de forma planejada à longo prazo, visto que esta modalidade contratual disponibiliza formas de pagamento facilitada, descontos, parcelas acessíveis à primeira impressão, entre outros, o que acaba por conquistar o consumidor.

Sobre seu funcionamento, o programa, independente da empresa que o oferece, trata-se basicamente da obtenção de cotas de determinado imóvel, onde várias famílias obtendo sua porcentagem, dividem por diferentes períodos a estadia, ou hospedagem do mesmo, normalmente em temporadas de férias, podendo ser dentro do Brasil ou até no exterior, dependendo da espécie de contrato celebrado. Um exemplo básico de tal programa, em um caso hipotético seria: um apartamento beira-mar dentro de um complexo turístico localizado no litoral do México, onde o mesmo é compartilhado por 52 famílias, ocasião em que cada uma terá direito à uma semana de estadia de férias por ano, pagando somente a sua cota-parte referente ao aluguel, totalizando em um ano de contratação do imóvel, sendo o serviço mediado pelas famosas empresas de programas de férias compartilhadas ou intercâmbio turístico.

Sabe-se que essa espécie de negócio é oriunda do direito imobiliário, visto que visa a utilização de imóveis, mas nesse caso unicamente com fins turísticos, coloca Rizzardo (2015, p.55), *apud* Lima (2015), a sucinta definição: “A unidade é compartilhada entre os condôminos, abrangendo os móveis e utensílios, estabelecendo-se o uso em períodos definidos e divididos no tempo, no semestre ou no ano, geralmente para fins de fazer turismo.” Dessa maneira, não somente o imóvel, mas tudo que este abrange está inserido no direito de gozo do consumidor que adquire o programa. Ou seja, o contrato objetiva a aquisição de direito de hospedagem com intuito turístico em pousadas, apartamentos em parques, chalés, bangalôs, casas de verão e etc.

Muito conhecido também como “programa de férias”, essa modalidade de contrato exige que seja realizado pagamento antecipado dessas cotas, como uma contraprestação, momento em que se adquire um título de filiação à esta empresa fornecedora do benefício, e que

poderá ser gozado futuramente mediante aviso prévio de reservas quanto as datas, e locais de permanência da escolha da família contraente. A espécie de contrato *time-sharing* é atípica ou inominada, isso porque trata de um instrumento que não é vinculado diretamente ao Código Civil Brasileiro ou lei especial específica, como expõe Maria Helena Diniz (2010, p.93):

Os contratos inominados, ou seja, atípicos, afastam-se dos modelos legais, pois não são disciplinados ou regulados expressamente pelo Código Civil ou por lei extravagante, porém são permitidos juridicamente, desde que não contrariem a lei e os bons costumes, ante o princípio da autonomia da vontade e a doutrina do número *apertus*, em que se desenvolvem as relações contratuais. Os particulares dentro dos limites legais, poderão criar as figuras contratuais que necessitarem no mundo dos negócios.

De tal maneira, os contratos de férias compartilhadas encontram-se amparados principalmente no Código do Consumidor e Código Civil Brasileiro, ainda também a partir de 1997 pela Deliberação Normativa nº 397 da EMBRATUR (Instituto Brasileiro de Turismo) instituído pelo Ministério de Turismo, que regularizou a prática do sistema de tempo compartilhado de hospedagem turística no Brasil. Com a evolução desse sistema e a prática cada vez mais comum, o histórico continuou inovando, quando em 2010 o Decreto Federal nº 7.381 que regulamenta a Política Nacional de Turismo definiu em seu artigo 28 um conceito para o sistema de time-sharing ou tempo-compartilhado:

Art. 28. Considera-se hospedagem por sistema de tempo compartilhado a relação em que o prestador de serviço de hotelaria cede a terceiro o direito de uso de unidades habitacionais por determinados períodos de ocupação, compreendidos dentro de intervalo de tempo ajustado contratualmente.

Com a modernização do tipo contratual e a previsão legal existente, a execução dos contratos de férias compartilhadas passou a ser cada dia mais comum entre as famílias brasileiras, visto que a forma como são vendidos e ofertados é extremamente chamativa por suas facilidades de adesão e inúmeras vantagens oferecidas ao adquirente, o que por muitas vezes acaba impulsionando os consumidores à adesão impensada e precipitada, levando a problemas futuros, como trataremos ao longo do artigo.

2.2 CONTRATO E PUBLICIDADE

A prática dos pactos de *time-sharing* não é ilegal, visto todo respaldo jurídico existente que garante sua existência a aplicabilidade em nosso país, porém vem trazendo transtornos para quem o adquire, devido a má formação contratual, presença constante de cláusulas abusivas, descumprimentos de obrigações por parte das empresas prestadoras, falta de clareza no fornecimento das informações e demais queixas por parte dos contraentes/consumidores, que vem crescendo ao longo do tempo, junto ao relevante número de processos que estão sendo abertos em face das empresas prestadoras desta categoria de serviço.

Por tratar-se de uma modalidade de contrato de adesão, as partes adequam seus interesses e o consumidor ao aderir seus direitos de gozar dos benefícios adquiridos, busca alcançá-los da forma mais clara e breve, como deve ocorrer em qualquer celebração contratual pautada em princípios como o da boa-fé. Essa relação de consumo e fornecimento é caracterizada por Carlos Alberto Bittar Filho (2007, p.343) da seguinte forma:

As relações entre consumidores e fornecedores passaram a ter por pauta o equilíbrio, consagrando-se: a) no momento da formação do contrato, a figura da lesão, com vistas à modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais; b) no momento da execução do

contrato, a figura da onerosidade excessiva, anelando a revisão contratual em razão de fatos supervenientes. O Código acolhe, através de norma expressa, a cláusula de boa-fé em sua vertente objetiva (regra de conduta), alçando-a à condição de verdadeiro farol das relações de consumo.

Como base de tal relação contratual consumerista, o CDC prevê em seu artigo 46 o seguinte texto:

Art.46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Em complemento no mesmo Código, o artigo 47 deixa claro em sua redação que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, devendo obrigatoriamente ao contratado, no caso a empresa que prestará o serviço, estabelecer suas cláusulas da forma mais clara e a beneficiar o consumidor na interpretação destes, garantido que o serviço ofertado será cumprido de forma rigorosa e com primazia.

Não obstante, esta modalidade contratual, mesmo sendo pautada na legalidade, vem gerando controvérsias no Brasil sobre sua efetividade, visto que abusos e descumprimentos são comuns devido à complexidade de interpretação das cláusulas, frequência de termos estrangeiros no instrumento, elementos de complexa compreensão e por muitas vezes serem contratos com títulos internacionais, o que dificulta a solução de problemas e proteção do consumidor brasileiro quando há necessidade. O consentimento livre e informado, que é direito de quem contrata, é quebrado no momento em que a persuasão e técnica de venda agressiva atinge o consumidor, tendo por finalidade a celebração imediata do contrato, onde sua maneira livre e racional de pensar é frustrada. É conveniente ressaltar que o direito à informação é um dos mais

importantes princípios que pautam as relações de consumo, garantindo a proteção de diversas esferas para quem consome, como aborda o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, incisos III e IV, e artigo 6º, incisos II e III:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendido os seguintes princípios:

(...)

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios no quais de funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, assegurada a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição,

qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem.

Por várias vezes os clientes que se sentem lesados ao não terem suas expectativas atendidas, acreditam que foram vítimas de golpes, ao desembolsar valores altos referentes as hospedagens adquiridas, e se depararem com instalações e serviços oferecidos muito a baixo da qualidade contratada. Hotéis que não condizem com as imagens e ofertas, benefícios prometidos não cumpridos, dificuldade de agendamento de reservas, taxas inesperadas e por vezes até mesmo não existência de complexos turísticos ou imóvel cujas cotas foram financiadas, são as maiores queixas e reclamações dos clientes contratantes dos programas de *time-sharing* turístico no nosso país.

Sobre a importância da clareza da oferta dentro do Direito do Consumidor, no que tange as promessas em contrato, João Batista de Almeida (2009, p.112) expõe sua ideia em concordância com artigo 31 do CDC:

Sendo a oferta o momento antecedente da conclusão do ato de consumo, deve ser precisa e transparente o suficiente para que o consumidor, devidamente informado, possa exercer seu direito de livre escolha. Assim as informações devem ser verdadeiras e corretas, guardando correlação fática com as características do produto ou serviço, redigidas em linguagem clara, lançadas em lugar e forma visíveis. Além disso, devem ser escritas em língua portuguesa.

A oferta na maioria dos casos, quando relacionado aos programas de *time-sharing* ocorre de forma oral, com abordagens surpresa e de forma persuasiva, onde em um primeiro momento o consumidor é atraído por promessas e super vantagens, para que então venha fechar o negócio posteriormente, assinando de forma impensada um contrato com cláusulas confusas e que induzem ao erro. Uma das maiores críticas se dá no momento dessa abordagem.

A captação de interessados no programa, possíveis clientes, em grande parte das ocasiões acontece em ambientes de descontração e diversão. Ocorre fora dos estabelecimentos comerciais, geralmente em grandes hotéis, com recepções luxuosas, música, drinks, oferecimento de brindes, onde famílias que estão em um momento de lazer são abordadas com propostas de férias perfeitas nos mais diversos locais paradisíacos, com fotos e vídeos de majestosos resorts, passeios, entretenimento para pais e filhos e outros, o que acaba por fascinar e induzir o consumidor à uma compra impensada, inibindo sua capacidade de demonstrar vontade própria, impedindo sua expressão de consentimento livre e consciente. Além de brindes oferecidos no momento como ingressos e descontos e brindes adicionais futuros, no momento do uso das diárias.

Os vendedores treinados e com grande poder persuasivo continuam por até dias a venda incansável de seus programas turísticos, praticando de uma certa forma uma violência psicológica, cansando o consumidor e o induzindo ao erro. Os consumidores são convencidos a preencher formulários com informações básicas e de contato, para que criem vínculo com a empresa, até que então, não demora para que o almejado contrato seja assinado, e as férias dos sonhos adquiridas. Os abusos nas cláusulas continuam quando parcelas e taxas acima dos valores acordados começam a ser cobrados, com a justificativa destas serem garantias das futuras reservas e privilégios concedidos; e não para por aí, promessas de benefícios, diárias extras, ingressos de parques e descontos, são feitos aos contraentes que ao cobrarem por tais regalias, são negados de usufruí-las, seja por indisponibilidade do serviço ou por este não estar claramente disposto no instrumento contratual, o que frustra as expectativas do consumidor.

Durante todo o teatro emocional e apelativo realizado pelos vendedores, muitas vezes os mesmos são questionados sobre a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pelo consumidor, e estes informam que há a possibilidade a qualquer momento do negócio, mediante notificação e pagamento simbólico de multa, o que em tese, tranquiliza e incentiva o consumidor a firmar o negócio. Dias depois a

assinatura do instrumento contratual, algumas vezes até semanas depois, o cliente ao ler com mais calma seu contrato acaba percebendo claramente que foi enganado em diversas situações, tanto pela falta de clareza nas cláusulas, omissões no que havia sido prometido e até mesmo ao perceber que os “presentes” ou “regalias” que havia ganhado, na verdade não passam de benefícios que já eram de seu direito mediante pagamento das diárias ou taxas, como exemplo as vantagens que os resorts *all-inclusive* oferecem aos seus hóspedes. Logo percebem então que a oferta não era condizente com o serviço.

3 CLÁUSULAS ABUSIVAS

Caracterizado grande quantidade de abusos e descumprimentos nas cláusulas contratuais, o consumidor arrependido pelo negócio realizado, percebe-se lesado, e em uma situação sem saída, visto que ao entrar em contato com as empresas responsáveis pelos programas de férias compartilhadas, para requerer rescisão contratual, recebe apenas respostas negativamente coercitivas, multas exorbitantes e a justificativa de que tal rescisão não é possível, e caso seja, resultaria em grande perda financeira ao contraente, como por exemplo a aplicação de sanções ou cobranças indevidas, com finalidade de fazer com que o contraente desista da rescisão pleiteada.

Tais práticas de publicidade e cláusulas abusivas são discutidas entre doutrinadores e tem sua matéria respaldada, como dispõe o Código de Defesa do consumidor a proibição de das mesmas, assim como a propaganda abusiva e enganosa. Nota-se no artigo 37:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza,

características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou superstição, se aproveite de deficiência de julgamento e experiência da criança desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

As empresas tentam a todo custo excusar-se da responsabilidade por meio de cláusulas abusivas que são vedadas pelo Código do Consumidor, tendo como exemplo algumas dessas, as de não indenizar, as de impedimento de reembolso, de ressarcimento de custos por parte do consumidor entre outras. As próprias cláusulas abusivas, ao contrário das enganosas, nem sempre ferem o requisito da veracidade, mas sim colocam o consumidor em situações desagradáveis e sem saída para que o fim do contrato seja evitado a todo custo. Abordam de maneira clara e objetiva em sua obra sobre práticas abusivas (Benjamim; Marques; Bessa; 2013, p.277):

Mas prática abusiva no Código é apenas aquela que, de modo direto e no sentido vertical da relação de consumo (do fornecedor ao consumidor), afeta o bem-estar do consumidor.

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, corream alta dose de imoralidade econômica e de opressão.

Em outros, casos simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.

Estas práticas podem versar de diversas maneiras dentro do contrato de *time-sharing* turístico. O Código do Consumidor traz em seu art. 51 todas as cláusulas abusivas vedadas a constar em um contrato, sobre a nulidade delas, Almeida (2009, p.138) expõe:

Com as decorrentes consequências jurídicas: tais cláusulas nunca terão eficácia; não convalidam pela passagem do tempo, nem pelo fato de não serem alegadas pelo interessado; podem ser pronunciadas de ofício pelo juiz, dispensando arguição da parte; não são supríveis e não produzem qualquer efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage à data da contratação.

Ainda sobre a nulidade dessas espécies de cláusula, para Netto (2010, p. 280), “quaisquer cláusulas que violarem o equilíbrio material entre as prestações serão abusivas, e portanto nulas de pleno direito”. É o que acontece no caso tratado dos contratos de *time-sharing*. A incidência de irregularidades em relação ao contraentes dessa espécie de serviços encontra-se em um nível acima do aceitável, e tudo começa quando direitos básicos como o do consentimento livre e informado do consumidor são desrespeitados. O direito à informação é um dos princípios mais importantes que regem as relações de consumo, e considerado básico de acordo com Código do Consumidor. A clareza na exposição dos fatos, vantagens e desvantagens, valores, possibilidade de rescisão, arrependimento e ressarcimento devem ser expostos da maneira mais simples possível no instrumento contratual, principalmente quando se trata destes contratos turísticos, muitas vezes confusos, com termos em inglês ou cláusulas estrangeiras, que

preferencialmente devem ser evitados. Como todo contrato regido pelo Código Civil, o princípio da boa-fé deve ser o primordial para pautar-se um negócio jurídico, visando proteger o direito de ambas as partes.

4 PROTEÇÃO JURÍDICA

O Código do Consumidor protege o contraente que vê seu direito não sendo respeitado da forma previamente acordada, em seu artigo 35 as seguintes possibilidades são ajustadas na hipótese em que a empresa fornecedora se recuse a cumprir alguma de suas obrigações:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Conforme for sua preferência, judicialmente o consumidor poderá exigir qualquer uma das possibilidades previstas em lei para o cumprimento forçado da obrigação, que será requerida à um juiz. Caso não tenha mais interesse na relação contratual, este poderá requerer a rescisão do contrato, maneira em que poderá receber de volta todas as quantias pagas anteriormente juntamente com pagamento de valores e correções monetárias relacionadas a prejuízos sofridos.

No caso em que o fornecedor não se recusar a executar o que foi adimplido, mas o realizar de forma defeituosa ou má executada, com

vícios, o código do consumidor prevê amparo no artigo 20, com a seguinte situação exposta:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Outra hipótese já mencionada no presente trabalho, e muito comum na execução dos contratos de time-sharing turístico, é que o mesmo na maioria das vezes é celebrado de forma rápida, pressionada, infringindo o direito do livre consentimento do consumidor e fora de estabelecimento comercial, como por exemplo, próximo a piscinas de clubes enquanto a família aproveita o dia, ou em luxuosos coquetéis com drinks e músicas, práticas que dão garantias especiais de arrependimento posterior em até 7 dias por parte do contraente que ao

perceber o erro em ter assinado o contrato de forma impensada, pode arrepender-se do mesmo e desistir do negócio sem nenhum prejuízo maior. A legislação prevê resguardo para essa situação, no artigo 49 do CDC, que coloca:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

O objetivo principal deste artigo é proteger o consumidor das táticas agressivas de venda, as chamadas “vendas emocionais” que veem sido entendidas nos tribunais como práticas abusivas no mercado consumerista. Outra alternativa que pode solucionar o problema negocial de má execução, possibilita a anulação do contrato em caso de erro por parte do contraente/consumidor ou dolo por parte do contratante/fornecedor. Os artigos 138 e 145 do Código Civil são claros na sua redação:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Considera-se que incidiu em erro aquele consumidor que não entendeu, que enganou-se sobre a situação de fato, equivocou-se quanto ao elemento essencial do contrato e isso deve ser provado para que o mesmo seja anulado. Já para existir o dolo por parte do fornecedor, é necessário que este provoque o equívoco no consumidor, apresentando-lhe uma realidade deturpada ou omitindo informações que não o façam perceber a realidade corretamente, sendo também obrigado que este erro incida sob aspecto essencial do contrato.

Todos os meios acima citados são instrumentos legais que tem como alvo a garantia do consentimento livre e informado do consumidor, resguardando aos mesmos as possibilidades de desistência, anulação ou arrependimento posterior.

5 ANÁLISE DE EMENTAS EM ANALOGIA AOS CASOS DE ABUSO EM CONTRATOS DE TIME-SHARING TURÍSTICO

Mesmo tratando-se de uma espécie contratual relativamente nova no Brasil, por tornar-se mais comum nas últimas duas décadas, os modelos de *time-sharing* turístico por já terem se tornado famosos devido aos números relevantes de consumidores insatisfeitos e processos judiciais ao seu redor, veem sendo englobado por diversos entendimentos jurisprudências que entendem como ilícitas as práticas de abusos, acarretando para os consumidores lesados, inclusive, danos morais quando reconhecidos sua necessidade, além dos materiais e ressarcimentos com correção monetária. Observam-se vários julgados acerca do tema.

Os tribunais veem sendo incisivos quanto a prática de má-fé nas celebrações contratuais do sistema *time-sharing* ou férias compartilhadas. Em julgados atuais dos Tribunais de Justiça de vários estados, notam-se todas as características negativas quanto à pratica de abusos nessa espécie contratual, que vem sendo julgadas procedentes aos pedidos dos autores de rescisão contratual motivada cumulada à indenização. Seguem ementa de julgados:

CONSUMIDOR. CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO DE USO DE UNIDADE HOTELEIRA PELO SISTEMA DE TEMPO COMPARTILHADO - TIME SHARING. CONTRATO DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS EM FAVOR DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 47 E 54, § 4º, DO CDC. MORA DO FORNCEDOR NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESCISÃO DO CONTRATO ACOLHIDA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS, DE FORMA SIMPLES, COM JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. Sentença mantida. Recurso improvido. (Recurso Cível Nº 71005943451, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Pippi Schmidt, Julgado em 01/07/2016). (TJ-RS - Recurso Cível: 71005943451 RS, Relator: Ricardo Pippi Schmidt, Data de Julgamento: 01/07/2016, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/07/2016)

No primeiro caso em tela o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, recentemente não deu provimento à recurso interposto por empresa hoteleira que prestou serviço internacional de time-sharing e descumpriu cláusulas básicas de prestação de serviço. Os autores da ação, contraentes do programa de férias, alegaram que mesmo após pagamento das parcelas acordadas previamente, não conseguiram obter acesso à suas reservas que seriam utilizadas em lua de mel naquele mesmo ano. Com a efetuação do pagamento e impedimento de acesso ao serviço contratado, ou seja, as diárias, houve pedido de rescisão contratual onde a parte autora anexou elementos com prova de vício de consentimento, resultando em anulabilidade do pacto. Em sentença de primeira instância, a ré, empresa prestadora do serviço de férias compartilhadas foi condenada a desconstituição de qualquer eventual débito acumulado, bem como ao pagamento do valor de R\$ 4.039,00 em dobro e de indenização a título de danos morais aos consumidores lesados pela prática abusiva.

Em outra oportunidade, decidiu também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela resolução do contrato de programa de férias compartilhadas e condenação em devolução integral de valores já pagos pelos contraentes, conjuntamente ao pagamento de multa por descumprimento contratual no caso em que não disponibilizarão as reservas em hotel especificado no contrato e de interesse dos adquirentes. Segue ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO DE OCUPAÇÃO DE UNIDADE HABITACIONAL HOTELEIRA EM SISTEMA DE TEMPO COMPARTILHADO. "TIME SHARING". INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. NÃO DISPONIBILIZAÇÃO DO HOTEL ESCOLHIDO PELOS AUTORES. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. INCIDÊNCIA DE CLÁUSULA PENAL.

1. Aplica-se, ao caso em tela, o [Código de Defesa do Consumidor](#), em virtude da qualificação dos autores e das rés, nessa ordem, como consumidores e fornecedoras, nos termos dos artigos 2º e 3º do [Código de Defesa do Consumidor](#), o que coloca a inversão do ônus da prova à disposição do consumidor, como meio de facilitar a sua defesa. A inversão da prova, entretanto, não atribui presunção absoluta às afirmações da parte autora, razão pela qual todas as alegações devem ser circunstanciadas ao caso concreto.

2. Irretocável a sentença no que diz respeito à resolução do contrato, levando em conta que os autores não conseguiram reservas no hotel de sua escolha em nenhuma

época do ano, apesar de estar sendo oferecido no sita da corré RCI, o que, a toda a evidência, demonstra o descumprimento da obrigação principal do contrato, que conferia aos requerentes o direito de escolha do hotel em que exerceriam o direito de ocupação (Cláusula 2.1). 3. A cláusula resolutiva expressa opera efeitos de pleno direito, nos termos do art. [474](#) do [Código Civil](#), possibilitando que as partes optem pela resolução do contrato, em... caso de descumprimento de qualquer uma das obrigações imputadas à parte contrária (Cláusula 9.3). A resolução acarreta o desfazimento do contrato, com o retorno das partes ao "status quo ante", mediante a condenação da ré à devolução da integralidade dos valores pagos pelos autores, considerando que, ao preencher o requisito necessário ao exercício do direito de ocupação (integralização do valor equivalente a 20% do preço, nos termos da Cláusula nº 2.2), as demandadas se negaram a disponibilizar o hotel escolhido pelos requerentes, não havendo falar em compensação ou abatimento, uma vez que os requerentes não usufruíram de nenhum serviço prestado pelas rés. 4. O inadimplemento da obrigação principal atrai a incidência da cláusula penal convencionada pelas partes, correspondente a 20% do preço integral do contrato, o que, inclusive, está de acordo com o exposto no art. [408](#) do [Código Civil](#). Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70066824764, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do

RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 30/08/2016).

De tal forma, ao verificar-se os votos do colegiado, percebe-se que foi incisiva e fática a decisão pelo desprovimento de recurso interposto pela parte ré, a empresa prestadora de serviços que ofereceu o programa de férias compartilhadas. Chama atenção em determinada parte dos votos, o trecho em que o relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack deixam claro os motivos pelo desprovimento, e a importância do cumprimento do acordado em contrato, uma vez que não poderá ser substituído sem acordo prévio, nenhum tipo de serviço, mesmo que por semelhante ou superior, e sim deverá ser disponibilizado o prometido. Cita no em parte do texto de seu voto:

Salienta-se, também, que a existência de outros hotéis similares ou, até mesmo, de melhor qualidade do que o hotel escolhido pelos autores não exime as requeridas de responsabilidade, tampouco descaracteriza o inadimplemento contratual, tendo em vista a existência de cláusula expressa possibilitando que os consumidores/autores escolhessem qualquer hotel pertencente ao PHC, que integrem a Rede Pestana Hotels & Resorts, ou para fins de permuta em outros resorts e hotéis, no Brasil ou no exterior, filiados ao administrador de intercâmbio RCI.

Efetuando análise em muitas ementas de julgados, é nítido que a prática abusiva ocorre em demasia nessa espécie negocial, mas passa a cada dia a ser enxergada com novos olhos e mais firmeza, o que desencoraja as empresas da área a continuarem com um tipo agressivo e atuando de má-fé contra seus consumidores. É evidente que todo novo tipo de prática ou comércio quando se instala passa por um momento de adaptação, conhecimento e conquista de seu novo público, porém meios incisivos de marketing que chegam a ser violentos, viciando o consentimento de seus contraentes não podem ser aceitos, visto que há todo um aparato judicial que protege o direito do consumidor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma não há o que se dizer em ilegalidade nos contratos de *time-sharing* turístico, e sim na má execução, que também não é pautada no princípio da boa-fé. O contrato por ser de espécie atípica não deixa de equivaler-se como os demais. Vale também ressaltar sua importância, uma vez que a indústria do turismo cresce a cada dia, época em que famílias preocupam-se cada vez mais com seu bem-estar e lazer, o que proporciona maior campo de atuação para as empresas do ramo de férias compartilhadas. Com a evolução do direito e das práticas negociais, é esperado que muito em breve a modalidade de férias compartilhadas seja de fato uma vantagem para seus interessados, que poderão desfrutar de momentos de lazer com mais facilidade, menores valores e menos problemas quanto à organização das férias perfeitas em família, trata-se apenas um questão de regularização, boa-fé e correta execução contratual por ambas as partes.

Observamos de tal forma que o programa de *time-sharing* turístico, já difuso e em constante crescimento no Brasil, é cercado de muitas vantagens, mas pode esconder em suas entrelinhas, cláusulas perigosas e de má-fé, que não analisadas no momento adequado, ou seja, no momento da propositura e assinatura do instrumento contratual, poderão vir a causar prejuízos aos seus adquirentes. Recomenda-se então uma maior pesquisa por parte do consumidor sobre qual empresa contratará, observando antecedentes da mesma, histórico de prestação de serviço, além da busca por conhecimento básico pautado no Código de Defesa do Consumidor, protegendo dessa maneira seu negócio jurídico. Ademais, casos que já começam a se tornar comuns em nosso país, servem como analogia e base para que casos futuros possam ser evitados, garantindo assim a efetividade na prestação de serviço de férias compartilhadas e demais programas turísticos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. As cláusulas abusivas e sua nulidade. In: _____. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009. cap. 5, sec. IV, p. 138-187.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Legado do Código do Consumidor. In: _____. **Direito do Consumidor: dano moral e cláusulas abusivas**. São Paulo: IOB Thomson, 2007. cap. 13, p. 343-360.

BENJAMIM, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. Práticas Abusivas. In: _____. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. cap. 9, p. 276-304.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor: À luz da jurisprudência do STJ**. 5. ed. São Paulo: JusPodvin, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Senado Federal, Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 de abr. 2017.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Senado Federal, Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 de abr. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Larissa Silva. **“Timesharing” e “Fractional Ownership” no Brasil**, 2015. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222654,21048-Timesharing+e+Fractional+Ownership+no+Brasil>>. Acesso em: 17 de abr. 2017.

LIMA, Gildásio Pedrosa de. **Time-Sharing para o turismo**, 2015. Disponível em:< http://www.velosodemelo.com.br/time-sharing-para-o-turismo/#_ftn1>. Acesso em: 18 de abr. 2017.

NICODEMOS, Erika Cassandra de. **As práticas abusivas contra o consumidor e os contratos de time sharing turístico**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 ago. 2013. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44766&seo=1>>. Acesso em: 18 de abr. 2017

PISTORI, Suzan Jackeline Machado D’Santi; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **As principais cláusulas abusivas encontradas nos contratos de time sharing turístico**. Revista Percurso, v.15, 2015. Disponível em:<http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalhe/115/as-principais-clausulas-abusivas-encontradas-nos-contratos-de-time-sharing-turistico>. Acesso em: 17 de abr. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4ª Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pg. 55.

NOTA:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP; orientadora deste artigo de conclusão de curso; karine.mota@catolica-to.edu.br.

EVOLUÇÃO DOS JUROS DE MORA: ABORDAGEM HISTÓRICA DESENVOLVIDA ATÉ A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

EMÍLIA SANTIAGO RABELO DE JESUS:

Bacharelanda do curso de Direito no Centro Universitário Ages - UNIAGES.

RESUMO: O presente artigo tem como principal objetivo abordar a evolução dos juros de mora até o estágio atual em que se encontra com a vigência do Código Civil de 2002. Para isso faz-se necessário desenvolver como se deu sua origem desde a Idade Média, chegando à promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como da Lei Civil. Além disso, será mencionado brevemente seu conceito, bem como suas classificações, expandindo as ideias para uma problemática relacionada às taxas abusivas utilizadas por instituições de todo o país e como a lei prevê suas aplicações nos diferentes âmbitos.

PALAVRAS-CHAVE: Juros; Código Civil; História; Evolução; Novas concepções.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, tem-se que os juros de mora possuem origem muito mais remota do que se imagina. Através de estudos, é possível observar que desde a criação da primeira moeda as essas taxas eram utilizadas principalmente em empréstimos informais, forma mais comum de se obter capital na época.

Assim, o tempo e o dinheiro foram os principais fatores que fizeram com que as taxas em destaque se desenvolvessem, ganhando relevância em meio ao progresso da sociedade e da economia. Portanto, torna-se imperioso destacar sua história, bem como o estágio atual em que se encontra, mencionando brevemente ainda sua classificação e aplicação, tendo como ponto de referência o Código Civil de 2002 e as normas que preveem os encargos correlacionados ao inadimplemento obrigacional.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Preliminarmente, não se sabe ao certo onde os juros de mora surgiram, todavia pode-se encontrar vestígios na antiga Babilônia, precisamente, segundo Gonçalves^[1], no ano 2000 a. C., onde os indivíduos realizavam trocas de sementes e outros utensílios, cobrando reembolso destes juntamente com o valor referente ao uso, sendo importante destacar que a principal atividade econômica da época era a agricultura. Dessa forma, após algum tempo, especificamente na Idade Média, os ofícios rurais e artesanais se desenvolveram e deram origem as primeiras mostras de comércio, que eram realizadas através das trocas de produtos. O progresso as transações acabaram fazendo com que surgisse a necessidade de aplicar a moeda, que possuiria um determinado valor e substituiria as trocas. Diante disso, além do aperfeiçoamento da venda dos artefatos, os grupos sociais passaram a comunicar-se de maneira mais frequente, tornando as transações mais comuns.

A criação da moeda agregada com a evolução do mercado foi o marco essencial para o surgimento concreto dos juros. As transações tornaram-se intensas, e o capital passou a ganhar mais valor. Desse modo, os indivíduos criaram o hábito de realizar empréstimos em dinheiro, constituindo um grupo que se resumia ao credor, chamado de usureiro e o devedor, responsável por pagar o valor devido juntamente com as taxas referentes à mora ou uso, denominadas usurário. Vale destacar que a igreja Católica, que exercia grande influência na Idade Média, condenava a cobrança dos juros. Sobre isso, Scavone (2003, p.30) afirma que:

Durante a Idade Média, a Igreja Católica a partir das ideias constantes da Bíblia Sagrada, adotou posição manifestamente contrária à cobrança de juros. São Tomás de Aquino condenou a cobrança de juros, alegando que pelos juros se vende duas vezes o mesmo objeto.

Durante muito tempo a religião era contrária a cobrança custos, contudo, seu entendimento tornou-se contrário através da disseminação das relações de compra e venda, e da queda do seu poder de influência

sobre os sujeitos, culminando na criação do EncíclicaVixPrevenit, uma espécie de decreto que autorizava a cobrança em questões referentes ao pagamento de dívida.

Em se tratando do Brasil, o Código de 1916 também teve predominância pelo entendimento da igreja, estipulando em seus artigos 1062 e 1063 que a taxa seria de 6% ao ano. No ano de 1933, foi publicado o decreto 22.262/33, com denominação Lei de Usura, onde a cobrança de juros era fixada em 1% ao mês.

Com a promulgação da Constituição de 1988 a tarifa máxima a ser cobrada ao ano passou a ser de 12%, de acordo com a previsão do art. 192, parágrafo 3^a:

Art.192,§3º- As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito não poderão ser superiores a 12 % ao ano, a cobrança acima deste limite será considerada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades nos termos que a lei determina.

No ano de 2003 foi promulgada a emenda constitucional nº 40, que mudou o caput do artigo supramencionado, revogando todos os parágrafos a ele referentes. No mesmo período entrou em vigor o novo Código Civil, que será referenciado mais adiante.

Os juros na Lei Civil podem ser conceituados como uma consequência da responsabilidade contratual que advém do inadimplemento da obrigação pactuada, isto é, de acordo com Tartuce (2012, p. 401) são frutos civis ou rendimentos, devidos de utilização de capital alheio. Estes podem ser classificados quanto ao acordo entre as partes, tanto de normas do ordenamento jurídico, a exemplo deste ultimo pode-se mencionar os juros moratórios, onde, o autor supramencionado afirma que:

Constituem um ressarcimento imputado ao devedor pelo descumprimento parcial da obrigação. Como regra geral, os juros moratórios são devidos desde a constituição em mora e independem da alegação e prova do prejuízo suportado (art. 407 do CC). (TARTUCE, 2012, p. 402)

Desse modo, há de se falar que as taxas advindas do inadimplemento obrigacional devem ser fixadas na forma da lei, especificadamente no que prevê o Código Tributário Nacional, disposto também no enunciado doutrinário 20 da I Jornada de Direito Civil^[2], onde os juros devem ser de 1% ao mês de 12% ao ano.^[3] Contudo, na atualidade é possível observar que na prática isso não acontece, principalmente por parte de instituições bancárias, empresas financeiras e empréstimos informais, que, aliás, este último é considerado crime contra a economia popular, de acordo com o previsto na Lei nº 1521 de 1951. A situação piora ainda mais com o teor da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, no qual os bancos não estão no rol das normas etiquetadas na Lei de Usura, dado que fazem parte do Sistema Financeiro Nacional, assim, consoante o que reza Tartuce (2012, p.403) as taxas serão fixadas de acordo com as regras de mercado.

3. CONCLUSÃO

Com o objetivo de compreender como se deu a evolução das taxas de juros moratórias até chegar ao período da atualidade, foi imprescindível destacar sua história tanto no que diz respeito ao Brasil quanto em outras civilizações, em especial, na Idade Média, onde se deu a completa difusão desta unidade econômica. Desse modo, tornou-se essencial relatar como se encontra a presente ideia de capital de mora, tendo como base primordial o Código Civil de 2002.

Desse modo, tem-se que a base teórica foi fundamentada nas ideias de dois autores renomados, Flávio Tartuce e Jean Picon, ambos com referência datada em nota de rodapé. Através deste primeiro foi extraído o conceito de juros, bem como sua classificação e seu período

atual no ordenamento jurídico brasileiro. Já as concepções do segundo foram usadas no que diz respeito à decorrência histórica dos juros.

Diante dos fatos e fundamentos acima mencionados, pode-se afirmar que os juros de mora possuem grande influência nas obrigações advindas dos contratos na atualidade. Destarte, estes funcionam como uma espécie de “sanção” aos indivíduos que atrasam suas atividades obrigacionais, fazendo com que surja o inadimplemento.

Também é possível constatar que muitas vezes estas taxas são usadas de maneira abusiva, principalmente por bancos e instituições financeiras que acabam por inserir valores exorbitantes em seus contratos, fazendo com que haja enriquecimento ilícito, repudiado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, como foi mencionado, as próprias normas facultam que estas entidades utilizem as cobranças de acordo com os valores de mercado, sendo que este fato abre brechas para que haja demandas imoderadas.

Dessa forma, torna-se imperioso que o Sistema Financeiro Nacional, bem como o Poder Legislativo elaborem normas, ou reformem as que estão em vigor, com o intuito de restringir a liberdade desses estabelecimentos a fim de barrar a cobrança de taxas abusivas, especialmente em empréstimos e cheques.

REFERÊNCIAS

Gonçalves, Jean Piton. A História da Matemática Comercial e Financeira. In www.somatematica.com.br, acesso em 26.11.07

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 2ª Ed. Método: São Paulo, 2012.

NOTAS:

[1] Gonçalves, Jean Piton. A História da Matemática Comercial e Financeira. In www.somatematica.com.br, acesso em 24.05.2016.

[2] 20 - Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja,

um por cento ao mês. A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano.

[3] TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 2ª Ed. Método: São Paulo, 2012.

ANOTAÇÕES AO DECRETO Nº 8.972/2017: BREVE PAINEL À POLÍTICA NACIONAL DE RECUPERAÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é incompetência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Neste aspecto, o presente artigo visa analisar a Política Nacional de Recuperação Vegetação Nativa, instituído pelo Decreto nº 8.972/2017.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Política Nacional. Vegetação Nativa.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural:

Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Anotações ao Decreto nº 8.972/2017: Breve Painel à Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por

dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de

novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas*”^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”^[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica

fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres viventes. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o

meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para

também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda

de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteirade raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[16]. Nesta esteira, o termo fatores abióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos fazem menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção de recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se necessário pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível a compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação

entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independentemente de serem encontrados agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, caput e § 1º, incisos I, III e IV.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão

permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso” [20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua

função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

4 Anotações ao Decreto nº 8.972/2017: Breve Painel à Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa

O Decreto em comento é responsável por instituir a Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa (PROVEG), dispor sobre seus objetivos e diretrizes, estabelecer seus instrumentos e definir sua governança. De acordo com o artigo 2º do Decreto nº 8.972, de 23 de janeiro de 2017[21], apresenta os seguintes objetivos: (i) articular, integrar e promover políticas, programas e ações indutoras da recuperação de florestas e demais formas de vegetação nativa; e (ii) impulsionar a regularização ambiental das propriedades rurais brasileiras, nos termos da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, em área total de, no mínimo, doze milhões de hectares, até 31 de dezembro de 2030. Além disso, a PROVEG será implementada pelo Poder Executivo federal em regime de cooperação com os Estados, com os Municípios, com o Distrito Federal e com organizações da sociedade civil e privadas. Nos termos do artigo 4º, são diretrizes da política em análise: (i) a promoção da adaptação à mudança do clima e a mitigação de seus efeitos; (ii) a prevenção a desastres naturais; (iii) a proteção dos recursos hídricos e a conservação dos solos; (iv) o incentivo à conservação e à recuperação da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos; (v) o incentivo à recuperação de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e das Áreas de Uso Restrito; e (vi) o estímulo à recuperação de vegetação nativa com aproveitamento econômico e com benefício social[22].

De acordo com a redação do artigo 5º do decreto supramencionado, a PROVEG será implantada por meio do Plano Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa - PLANAVEG, em integração, entre outros, com: (i) o Sistema de Cadastro Ambiental Rural - Sicar, de que trata o Decreto nº 7.830, de 2012; (ii) os instrumentos do Programa de Regularização Ambiental - PRA, estabelecidos no parágrafo único do art. 9º do Decreto nº 7.830, de 2012; (iii) as linhas de ação de

apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, autorizadas pelo art. 41 da Lei nº 12.651, de 2012; (iv) as ações de apoio à regularização ambiental de imóveis rurais constantes do Programa Mais Ambiente Brasil, instituído pelo Decreto nº 8.235, de 5 de maio de 2014; (v) as ações relativas à implementação da Política Agrícola para Florestas Plantadas, definida no Decreto nº 8.375, de 11 de dezembro de 2014; (vi) os instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima, estabelecidos no art. 6º da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009; (vii) os instrumentos da Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica, estabelecidos no art. 4º do Decreto nº 7.794, de 20 de agosto de 2012; (viii) o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego - Pronatec, instituído pela Lei nº 12.513, de 26 de outubro de 2011; e (ix) as atividades vinculadas à Política Nacional de Educação Ambiental, instituída pela Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999.

Estabelece o artigo 6º^[23] que o PLANAVEG deverá contemplar, entre outras, as seguintes diretrizes: (i) a sensibilização da sociedade acerca dos benefícios da recuperação da vegetação nativa; (ii) o fomento à cadeia de insumos e serviços ligados à recuperação da vegetação nativa; (iii) a melhoria do ambiente regulatório e o aumento da segurança jurídica para a recuperação da vegetação nativa com aproveitamento econômico; (iv) a ampliação dos serviços de assistência técnica e extensão rural destinados à recuperação da vegetação nativa; (v) a estruturação de sistema de planejamento e monitoramento espacial que apoie a tomada de decisões que visem à recuperação da vegetação nativa; e (vi) o fomento à pesquisa, ao desenvolvimento e à inovação de técnicas referentes à recuperação da vegetação nativa. O decreto em comento institui, ainda, a Comissão Nacional para Recuperação da Vegetação Nativa - CONAVEG, composta por um representante titular e um suplente dos seguintes órgãos: (i) Ministério do Meio Ambiente, que a presidirá; (ii) Casa Civil da Presidência da República, por meio da Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário; (iii) Ministério da Fazenda; (iv) Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; (v) Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; e (vi) Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

A CONAVEG será composta, ainda, por: (i) dois representantes titulares e dois suplentes dos Estados, indicados pela Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente - Abema; (ii) um representante titular e um suplente dos Municípios, indicados pela Associação Nacional de Órgãos Municipais de Meio Ambiente - Anamma; e (iii) dois representantes, titulares e suplentes, da sociedade civil organizada, a serem selecionados por processo formalizado por Portaria do Ministro de Estado do Meio Ambiente. Compete à CONAVEG: (i) coordenar a implementação, o monitoramento e a avaliação da PROVEG e do PLANAVEG; (ii) revisar o PLANAVEG a cada quatro anos; (iii) interagir e pactuar com instâncias, entidades e órgãos estaduais, distritais e municipais sobre os mecanismos de gestão e de implementação da PROVEG e do PLANAVEG; e (iv) elaborar o seu regimento interno.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 8.972, de 23 de janeiro de 2017**. Institui a Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui

o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

_____. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 26 jan. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jan. 2017.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 26 jan. 2017.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 26 jan. 2017.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 26 jan. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jan. 2017.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jan. 2017.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jan. 2017.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017: “Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jan. 2017.

[16] BRASIL. **Lei N° 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) -

Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade -Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente

laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a

integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jan. 2017.

[21] BRASIL. **Decreto nº 8.972, de 23 de janeiro de 2017**. Institui a Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

[22] Ibid.

[23] BRASIL. **Decreto nº 8.972, de 23 de janeiro de 2017**. Institui a Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jan. 2017.

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E A NORMATIZAÇÃO DO COMÉRCIO EXTERNO

ANNA BEATRIZ CABRAL BARBALHO:
Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Pós Graduada em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus.

RESUMO: O estudo aborda alguns dos problemas encontrados pelo direito internacional privado ao verificar qual a legislação aplicável e a jurisdição competente nos casos de controvérsias envolvendo um contrato eletrônico celebrado em um país para ser executado em outro. São ainda analisadas algumas particularidades dos contratos internacionais de compra e venda pela internet e o papel da OMC, percebida como principal entidade do sistema multilateral de comércio, na uniformização das regras ligadas a esse tipo de atividade e quais as consequências de sua atuação no desenvolvimento e na organização dessa área do comércio internacional. Tratamos brevemente do papel da arbitragem - instituto que vem se tornando o procedimento padrão nessas situações em virtude da falta de especialização da justiça estatal e em alguns casos de sua morosidade - como mecanismo para solução de contendas comerciais internacionais. Dessa forma, discutimos a relação entre o desenvolvimento de normas internacionais que abarcam a nova situação de cooperação e de volumosas trocas comerciais entre os diferentes países do globo, procurando evidenciar o imperativo de uma “globalização jurídica”, da normatização dessa relação, já existente entre os Estados, para fortalecer o direito internacional.

Palavras – chave: Comércio eletrônico; OMC; Globalização; Comércio Internacional; Direito Internacional.

ABSTRACT: The study addresses some of the problems found within the scope of private international law to verify which applicable legislation and competent jurisdiction for cases involving e-commerce contracts celebrated in one country to be executed in another country. Some particularities around international purchase and sale contracts through the internet have yet to be scrutinized and the role of the WTO,

perceived as the principle entity of the multilateral commercial system, in the uniformization of laws linked to that type of activity and the consequences of its actuation in the development and in the organization of that area of international commerce. We treat briefly with the role of arbitration - an institution that has overturned the standard procedure in those situations by virtue of a lack of specialization in state justice and in certain cases by virtue of its slowness - as a mechanism for the solution of international commercial disputes. In that vein, we discuss the relationship between the development of international norms that encompass the new situation of cooperation and of voluminous commercial exchanges between the different nations of the globe, finding evidence for the imperative of developing a "juridical globalization" and for the normatization of the relationship, already existing between the nations in order to strengthen international law.

Keywords: E-commerce; WTO; Globalization; International trade; International law.

1 INTRODUÇÃO

Com a intensificação da globalização durante o século XX, houve uma expansão acelerada de intercâmbios comerciais internacionais, em virtude da liberalização do comércio de mercadorias, que teve início no final da Segunda Guerra Mundial, devido às transações estruturadas no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), e que tem se estendido até os dias atuais, na Organização Mundial do Comércio (OMC).

Criam-se então relações jurídicas multilaterais e junto com elas vêm a preocupação da comunidade internacional em regulamentá-las no intuito de trazer maior segurança para os envolvidos.

No que concerne ao comércio eletrônico, temos que uma das principais dificuldades em seu regramento se deve ao fato do sistema jurídico não estar preparado para uma atividade que envolve uma

dimensão territorial tão grande, posto que os ordenamentos jurídicos são criados para tutelar situações que acontecem em um ambiente determinado.

Esse artigo abordará alguns dos problemas encontrados pelo direito internacional privado ao verificar qual a legislação aplicável e a jurisdição competente nos casos de controvérsias envolvendo um contrato eletrônico celebrado em um país para ser executado em outro. Assim como a Lei Modelo de Comércio Eletrônico (Model Law on Electronic Commerce), editada em 14 de julho de 1996.

Serão ainda analisadas algumas particularidades dos contratos internacionais de compra e venda através da internet, e o papel da OMC, percebida como principal entidade do sistema multilateral de comércio, na uniformização das regras ligadas a esse tipo de atividade, e quais as consequências de sua atuação no desenvolvimento e na organização dessa área do comércio internacional.

2. A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, A INTEGRAÇÃO REGIONAL E A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

É possível observar dois importantes resultados para o mundo do direito e da política, ambos advindos do aumento da interdependência dos Estados. Um deles se trata do crescimento das regras internacionais que objetivam regular essa situação de interdependência, a qual a doutrina denomina “globalização jurídica”. A outra consequência é a ampliação do número e do campo de atuação das organizações internacionais devido aos processos de cooperação internacional e de integração regional.

Para Keohane (1989 apud MATIAS, 2014), o conceito de dependência é a possibilidade de estar subordinado ou ser significativamente afetado por influências externas, se tratando interdependência, por sua vez, de uma dependência mútua. Dessa forma, qualquer alteração entre unidades interdependentes trará para a outra uma mudança previsível.

Quando no campo das relações internacionais se faz menção ao fato de que o mundo está se tornando cada vez mais interdependente, está se afirmando que os fatos ocorridos em um Estado têm cada vez mais a possibilidade de interferir em outro. A globalização corresponde à intensificação da interdependência dos Estados, e o crescimento de atividades transnacionais finda por conectar cada vez mais a história dessas nações.

Hodiernamente, as economias têm uma maior interação - em virtude dos fluxos comerciais e de capitais -, o que torna a interdependência inevitável. Essa relação com outras nações também contribui para o bem-estar econômico interno. Assim, tudo que acontece dentro de um Estado, como, por exemplo, a adoção de certas políticas públicas, tem consequências que vão além de suas fronteiras e que atingem taxas de juros, câmbio e outras variáveis nos demais países.

Soma-se a essa situação, o fato de que está cada vez mais complicado para um governo de determinado país implementar suas políticas sem considerar a opinião de outros governos, assim como a do mercado.

Dessa forma, a metáfora utilizada no estudo das relações internacionais que considera os países como “bolas de bilhar”, pode ser inapropriada para diversos casos.

Nesse modelo, cada país seria uma unidade autônoma, e da forma como acontece com as bolas de bilhar, apenas a parte exterior entraria em contato com as outras, além disso, as bolas mais fortes e rápidas removeriam as outras de sua trajetória. Assim, haveria um convívio direto apenas entre governos, e o que acontecesse dentro dos limites de cada Estado não seria problema dos demais.

Com o aumento das relações transnacionais, tem-se observado uma tendência à institucionalização dos vínculos entre os Estados. Embora os Estados soberanos sempre tenham mantido ligações, maiores ou menores, entre si, chegamos a um momento em que a competição está sendo substituída pela cooperação.

Matias explica que o aumento dos vínculos entre Estados pós Segunda Guerra deve-se aos seguintes fatores:

O primeiro é a consciência por parte dos Estados de que eles não são auto-suficientes, de que o isolamento representa um retrocesso e de que o crescimento está vinculado à cooperação. O segundo fator é a coexistência de múltiplos Estados independentes. A combinação desses dois fatores ensejou a criação de um número inédito de tratados internacionais com a finalidade de disciplinar a vida dos Estados. Desse modo, ainda que a interdependência tenha sempre existido, com o tempo deixou de ser vista como um conceito simplesmente econômico, sociológico ou político, excessivamente genérico para ser levado em consideração pelo Direito. Ao contrário, a interdependência passou por um processo de cristalização, tornando-se uma noção essencial para o direito internacional contemporâneo. A interdependência confrontou os Estados com problemas que eles não conseguiriam resolver sozinhos, ou resolveriam melhor pela cooperação – o Estado não poderia mais ser visto como o instrumento único de regulação da vida internacional, já que, no contexto de uma ordem global altamente interconectada, haveria uma série de políticas públicas que não poderiam ser implementadas sem a cooperação com outros Estados, e várias funções públicas tradicionais dos Estados não poderiam ser cumpridas sem se recorrer a formas internacionais de colaboração (MATIAS, 2014, p.206).

Logo, a cooperação internacional é um processo que facilita aos Estados a consecução de seus próprios interesses, uma vez que alinha

suas políticas com seus parceiros, existindo sempre que os países coordenam suas ações com as dos demais objetivando algo em comum.

Os benefícios que a cooperação internacional gera podem ser exemplificados com base na teoria dos jogos quando aplicada às relações econômicas internacionais.

Essa teoria demonstra como os atores se comportam em situações estratégicas, nas quais precisam escolher entre determinadas alternativas e, nesses momentos, devem considerar a reação dos outros Estados à decisão tomada. Os países sabem que a “saúde” dos mercados não depende somente de suas ações, posto que interagem entre si, logo, devem prever como suas decisões podem afetar as decisões alheias (MANKIW, 2014).

Uma situação a ser estudada fundamentada nessa teoria é, por exemplo, a das reduções tarifárias, que podem ser arranjadas unilateralmente ou por intermédio de um acordo internacional e, nesse último caso, seria mais vantajoso por mobilizar o apoio ao livre comércio e impedir que os Estados tomem parte em conflitos comerciais que trarão prejuízos ao seu bem-estar econômico e social.

Segundo Varian (2006, p. 543),

Os agentes econômicos podem interagir estrategicamente numa variedade de formas, e várias delas têm sido estudadas utilizando-se o instrumental da teoria dos jogos. A teoria dos jogos lida com análise geral de interação estratégica. Pode ser utilizada para estudar jogos de salão, negociações políticas e comportamento econômico.

Com base na teoria dos jogos, percebe-se então a necessidade dos Estados de gerir as políticas comerciais por meio de acordos internacionais, evitando assim uma guerra comercial. Os países podem em conjunto celebrar acordos de livre comércio ou assinar tratados

regulamentando suas atividades comerciais, as vantagens abarcarão todos na medida em que cada um limita sua liberdade de ação.

Para auxiliar as questões de coordenação de interesses entre esses Estados, temos as instituições internacionais, que garantem a interação e a troca de informações, conduzindo os atores às conclusões mais próximas do ideal.

As instituições também asseguram a coordenação de políticas econômicas dos Estados e, raciocinando de acordo com a teoria dos jogos, temos que cada nação é um jogador com determinadas metas para atingir (por exemplo: produto interno bruto, inflação e balanço de pagamentos). Alcançar ou não as metas estipuladas, significa um ganho ou uma perda em bem-estar para cada país. Deliberações feitas de maneira independente tendem a resultados menos eficientes, por isso os países costumam coordenar suas políticas econômicas a fim de obter benefícios coletivos.

No que concerne à troca de dados, essa é parte fundamental do processo de coordenação. Quanto maior é o número de políticas estudadas em conjunto, melhores serão os resultados para futuras decisões que serão tomadas com base no intercâmbio de informações.

Podemos juntar a isso o fato de que a adoção de consultas prévias alertaria os governos sobre prováveis desordens em sua estabilidade econômica, como, por exemplo, incompatibilidade em taxas de câmbio ou inconsistências em programas fiscais.

As consultas ainda poderiam ajudar os Estados na prevenção de perdas, as quais poderiam ter origem em decisões tomadas com base em informações errôneas sobre os intentos de outras nações no que se refere às políticas econômicas e à situação econômica delas.

Dentro da comunidade internacional existem diferentes instituições por meio das quais as trocas de informações entre nações, assim como a coordenação de suas políticas econômicas, podem ser realizadas. São alguns dos foros internacionais de debates sobre política

macroeconômica: reuniões periódicas da diretoria executiva do FMI; as reuniões ordinárias de representantes dos bancos centrais no Banco de Compensações Internacionais; as reuniões dos representantes do G7 ou do G8.

Por meio desses encontros é promovida uma constante atividade das instituições internacionais, e, em casos de crises que gerem consequências para as políticas macroeconômicas nacionais, estes são os locais para discussão da melhor forma de gerenciamento da crise.

As instituições internacionais são criadas, portanto, em virtude de uma necessidade dos Estados, que objetivam maiores benefícios advindos da atuação coletiva – em blocos econômicos –, quando comparados àqueles que conseguidos ao trabalhar de maneira individual, não abrindo mão de nenhum aspecto de sua soberania.

No que tange ao aumento ou à redução do comércio mundial dentro do processo de globalização, já é de amplo conhecimento as inúmeras vantagens que foram surgindo a partir da internacionalização dessa atividade. A partir do momento em que houve uma maior especialização em áreas de produtividade relativa, cada Estado passou a ter margem maior de consumo do que tinha antes, quando produzia singularmente.

Dessa forma, o resultado positivo do comércio internacional consiste em uma utilização mais eficaz das forças produtivas mundiais, o que acontece devido ao lucro trazido pelas economias de escala, que funciona da seguinte forma: cada país limita sua produção à uma determinada variedade de gêneros, e assim cada um desses produtos pode ser fabricado em uma quantidade maior e com mais eficiência, o que não seria possível se cada país intentasse a produção de todo tipo de mercadoria.

Quando os Estados retiram barreiras e promovem o comércio internacional, cada participante dessa atividade aumenta seu rendimento nacional. Quando um determinado país tem um custo bem menor para produzir um bem comparado a outros países, falamos em

vantagem comparativa na produção dessa mercadoria. Logo, há vantagens mutuas quando cada país exporta produtos nos quais tem vantagem comparativa.

Isso descreve o que foi vivido durante a segunda metade do século XX, posteriormente à redução mundial das tarifas de importação. Nesse mesmo momento, observou-se também à formação dos blocos regionais.

Essa integração regional, por sua vez, possui algumas especificidades se comparada à cooperação internacional, como apresenta Celso Albuquerque de Mello (2004, p.736):

O regionalismo, como já vimos (Capítulo VII), se manifestou no DI, que possui poucas normas realmente universais. Ele é o resultado de interesses, de contiguidade geográfica e de cultura semelhante. Para atender a tais interesses é que surgiram as organizações internacionais de âmbito regional. Elas visam atender os problemas que são próprios desta região. Joseph Nye acrescenta, ao lado da organização regional, as organizações quase regionais. Aquelas são as em que os membros apresentam uma contiguidade geográfica e estas serão as restritas a determinada área, mas que na prática admitem membros não regionais (OTAN, OTASE). Karl Deutsch apresenta uma série de condições para o aparecimento do regionalismo e uma integração: a) os países devem ter um código comum para se comunicar; b) a velocidade dos contatos; c) valores básicos compatíveis; d) a previsibilidade do comportamento dos demais; e) uma elite que não se sinta ameaçada pela integração (v. nº256).

Dessa maneira, podemos entender que a integração regional depende de uma verdadeira ligação entre os Estados de uma

determinada região, que os torna mais próximos entre si do que quando comparados a outros Estados. Logo, assim como já observamos que o comércio internacional traz benefícios àqueles que dele participam, temos que a eliminação das barreiras regionais também agrega bons resultados para os países regionalmente integrados.

A integração regional resulta no aumento do mercado consumidor, que por sua vez, dá vazão às economias de escala – nas quais é possível ter um aumento nas vendas a preços menores em virtude do baixo custo médio da produção -, assim, temos mercadorias mais competitivas.

É a expansão do mercado, a qual acontece quando há a união dos territórios, a principal razão de ser e consequência dos processos de integração. Além desse crescimento do mercado, pode-se ainda falar nas oportunidades de aplicação de mais recursos em pesquisa e desenvolvimento, hoje pontos importantes para o desenvolvimento da economia de uma região.

Nesse processo, os Estados também se esforçam para fazer a melhor utilização possível da complementaridade de suas economias, levando, por exemplo, cada um deles a focar e dispensar maiores esforços nas áreas em que possui maior eficiência produtiva, enquanto importa de seus vizinhos os produtos nos quais eles apresentam melhores vantagens comparativas.

Outro benefício resultante da integração regional é o aumento da concorrência devido à redução das tarifas entre as nações que fazem parte do bloco econômico. Conjuntamente ao aumento da concorrência sobre a produção e a distribuição de produtos, surgem as conhecidas vantagens para o consumidor, que são a melhor organização e eficácia sobre a produção.

Portanto, a integração regional tem também como finalidade a ampliação do espaço competitivo dos participantes desse processo. Ela permite o aumento da produtividade nos países, estimula a redução nos

custos e o aumento na qualidade do que é produzido, e tudo isso alavanca a inserção desses Estados no mercado global.

No que concerne aos resultados oriundos da integração regional é questão recorrente saber se ela tende a prejudicar ou a fortalecer o comércio global. Para que essa dúvida seja solucionada, é necessário entender as concepções, formuladas por Jacob Viner, a partir de 1950, sobre desvio de comércio e de criação de comércio.

A criação de comércio se dá quando ao adotar um acordo de integração regional, um país é levado a substituir sua produção doméstica de alto custo pela importação de mercadorias produzidas por outros participantes do bloco econômico e isso traz vantagens para esse país. O desvio de comércio acontece, por sua vez, quando ao aderir ao acordo há substituição de importações com melhores custos provenientes de países que não compõe o bloco econômico por importações mais caras advindas de países membros, nesse caso trazendo prejuízos ao país importador.

No primeiro caso, o de criação de comércio, quando as barreiras tarifárias são eliminadas, os produtores internos menos competentes são preteridos em favor de produtores mais eficazes de outros países membros do acordo. Na situação de desvio de comércio, as negociações comerciais com países de fora do acordo são reduzidas, tendo em vista que os produtos daquelas nações que não aderiram ao pacto são excluídos em face aos produtos produzidos intrabloco, uma vez que passa a existir uma tarifa externa comum e uma liberalização das tarifas entre os países membros.

Com base nesses conceitos podemos concluir que uma união aduaneira mostra-se benéfica quando cria comércio e não o desvia, entretanto, para que isso aconteça a integração deve ostentar um caráter protecionista e a tarifa externa comum resultante ser inferior as tarifas de cada nação participante do bloco regional.

Ainda no que tange aos resultados benéficos que podem ser esperados após a integração dos países, pode-se afirmar que esses

tendem a ser melhores nos casos em que os países que se reuniram já mantinham ou podiam manter entre si grande parte de todo seu comércio, quando comparado às negociações mantidas com países não membros. E ainda pode se esperar menor ocorrência de desvio de comércio quando a integração acontece entre economias que eram bastante interligadas.

Temos, portanto, uma forte ligação entre os fenômenos da globalização e da regionalização, porquanto que a integração econômica regional favorece a integração mundial.

O regionalismo é considerado, dessa forma, um processo complementar do aparelho multilateral de comércio, pois determinadas temáticas, em virtude de sua complexidade e sensibilidade política, podem ser melhor arranjadas num campo associativo menor do que em escala global. Uma quantidade menor de membros, muitas vezes se mostrará mais adequado para obter a cooperação.

A integração regional pode também contribuir significativamente para a integração econômica internacional, pois através dele um número menor de países desenvolve condições relevantes de cooperação quando comparadas as que seriam possíveis em um ajuste entre um número elevado de participantes.

Esses acordos regionais podem também ser utilizados para aprovar regras que respondam à necessidades específicas da região e, em um momento posterior, a análise de suas experiências e resultados poderá ser revista e adaptada para os objetivos multilaterais de cooperação.

A regionalização findou por tornar-se uma etapa da globalização e parece convergir com essa à longo prazo devido à forma como define suas políticas, utilizando instrumentos jurídicos internacionais que abrange princípios como o estímulo à livre competição e a circulação de capitais, pessoas, bens e serviços.

2.1. A normatização do comércio internacional

A interdependência demanda a criação de instituições internacionais para solucionar questões que os Estados não conseguiriam resolver sozinhos. Partindo dessa premissa, começa a serem criados diversos acordos pelos quais os Estados buscam regulamentar matérias que lhe são comuns em diferentes domínios.

Nasce, então, todo um complexo de regras internacionais, transnacionais e até mesmo supranacionais, mas muitas vezes tais disposições são salvaguardadas por jurisdições que fogem ao controle individual do Estado. Notamos com isso certa “desterritorialização”, posto que as saídas para as novas dificuldades não estão mais ligadas à um país e seu território específico.

A partir daí há o surgimento de normas internacionais que firmam essa cooperação entre nações, fortalecendo o direito internacional e evidenciando a necessidade de uma globalização jurídica, ou seja, da institucionalização dessa interação jurídica entre os Estados.

A globalização jurídica acontece, sobretudo, pela celebração de tratados, os quais podem objetivar a criação de uma organização internacional, de um tribunal internacional, ou simplesmente estabelecer regras que normalizem determinadas questões de interesse internacional. Esses tratados, por sua vez, podem alcançar níveis diferentes de normatização de acordo com a disciplina sobre a qual versam.

Na seara privada também acontece a globalização jurídica que não se resume apenas à ação dos Estados na propagação dos tratados em temas de direito internacional privado, como nos conflitos de jurisdição e os conflitos de leis.

Nesse campo, a interdependência internacional é ainda mais acentuada, pois envolve assuntos ligados à economia, mais especificamente ao ramo do comércio e dos investimentos internacionais. Destarte, a globalização, apesar de implicar a desregulamentação dos mercados e, conseqüentemente, o afastamento

do Estado em benefício de um mercado mais livre, ocasiona também a produção de um corpo de regras jurídicas específicas.

Os novos protagonistas da globalização estão na origem de um direito privado que existe paralelamente ao direito internacional e aos direitos nacionais. Além da força motriz que exercem para a formulação de novas regras jurídicas, eles ainda instigam instituições privadas, como a arbitragem, que além de evitar que os litígios entre eles sejam apreciados pelos tribunais estatais, que ainda não possuem todas as ferramentas para analisar muitas dessas novas demandas, admite fundar sua relação no direito que eles mesmos produzem.

Essas possibilidades se dão em virtude da celebração de contratos, que são a base das normas globalizadas de origem privada e, hodiernamente, os principais instrumentos de regulação do mercado globalizado. Consta no próprio pacto quais são as regras jurídicas que lhes são aplicáveis e essas regras, em alguns casos, tem origem em um conjunto de regras transnacionais, posto que a liberdade contratual autoriza isso às partes, sendo essas regras assinaladas pela doutrina como *lex mercatoria*.

A *lex mercatoria* funda-se nos usos e costumes do comércio internacional. MAGALHÃES (2012, p.175-176) apresenta as seguintes definições para o instituto:

[...] O enfraquecimento do papel do Estado e a atividade das denominadas operadoras de comércio internacional, permitiu o desenvolvimento de regras disciplinadoras do comércio internacional, fruto de reiterado uso e aplicação. Tais regras, nascidas da prática contratual, por vezes codificadas por organismos privados, foram caracterizadas como verdadeira *lex mercatoria*, um direito dos comerciantes ou de profissionais desvinculado das normas legais dos Estados. Um dos primeiros a detectar a existência desse direito foi Berthold Goldman que, em artigo publicado em “Archives

de Philosophie de Droit”, de 1964, procurou estabelecer as fronteiras entre as normas do direito estatal e a *lex mercatoria*. Segundo Goldmann, na venda internacional de bens, nas operações de crédito bancário e nos transportes é que se manifesta, com vigor, a autonomia contratual, desenvolvida à margem do processo legislativo dos Estados [...] Diversas são as tentativas de definição da *lex mercatoria*. Segundo Goldmann, é um conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional. Schmitthof a considera como princípios comuns de leis relacionados aos negócios comerciais internacionais, ou regras uniformes aceitas por todos os países, Langen a considera como regras do jogo do comércio internacional, enquanto que Goldstajn a identifica como o corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países.

Entre as instituições que se destacam por colaborar com a elaboração dessas regras transnacionais, temos no âmbito privado, a Câmara de Comércio Internacional – CCI, com sede em Paris e, no intergovernamental, o Instituto internacional para a Unificação do Direito Privado – Unidroit, situado em Roma.

A CCI desenvolve os chamados *Incoterms* – definições padrão de termos relativos ao comércio – além de outros instrumentos. Já o Unidroit produz os princípios referentes aos contratos de comércio internacional, os quais consistem em um importante parâmetro para os Estados e para os operadores comerciais, ao prover preceitos uniformes aplicáveis à formação, ao conteúdo, à validade e à execução dos contratos.

Ao serem continuamente incorporadas aos contratos, as regras transnacionais vão se consolidando e sendo cada vez mais utilizadas pelos árbitros na apreciação dos casos a eles apresentados, por conseguinte, cria-se uma jurisprudência baseada nesse direito transnacional. Logo, seja pela via contratual, seja pela via jurisprudencial, a atividade dos operadores comerciais se converte em fonte do direito do comércio internacional.

2.2. O papel da arbitragem comercial internacional na normatização do comércio internacional

Como pode ser observado, a arbitragem surge também em razão da necessidade de resolver os problemas de lentidão e de falta de especialização da justiça estatal e progride de tal maneira que se torna o procedimento normal de solução de controvérsias comerciais no meio internacional.

Entretanto, devemos notar que o valor do referido instituto não se encontra somente na possibilidade de consolidar as normas criadas pelos atores privados da globalização. Ela está também na aptidão que esses atores adquiriram em questionar os Estados em instâncias arbitrais.

Atualmente, no campo do comércio e do investimento, o direito internacional confere a alguns atores privados, como as empresas transnacionais, o direito de entrar em litígio diretamente com os Estados e de questioná-los perante jurisdições internacionais. Tendo em vista que a essas pessoas foram conferidos direitos e obrigações, podemos considerá-las, portanto, sujeitos na ordem jurídica.

No cotidiano dos negócios internacionais essas empresas celebram contratos com os Estados, os quais são denominados pela doutrina com “contratos de Estado”, designação que abrange os contratos realizados entre Estados e pessoas privadas estrangeiras. Nesses pactos, as empresas procuram se salvaguardar da capacidade do Estado de utilizar poderes oriundos não da sua posição de parte no contrato, mas da sua condição de Estado soberano, em meio ao cumprimento do acordo.

Um exemplo do que foi citado acima poderia ser um Estado modificando algumas das particularidades do ambiente jurídico no qual as atividades alusivas ao contrato se desenrolam, por meio de aumento dos impostos para absorver a totalidade dos ganhos da empresa contratada, ou da imposição de proibição completa de repatriação de lucros.

Diante de tais possibilidades e a fim de evitá-las, as empresas passaram a procurar garantias de segurança jurídica, e para que isso seja alcançado procuram neutralizar o poder normativo do Estado, que se acha coibido de aplicar ao seu co-contratante toda nova legislação que vier a ser adotada.

As formas de garantir essa segurança na celebração dos contratos são as seguintes: acrescentar uma cláusula de estabilização no contrato, pela qual a legislação nacional não poderá ser modificada para as partes, estando sempre na situação em que se encontrava no momento da assinatura do contrato; ou dispor no contrato a chamada cláusula de intangibilidade ou de inoponibilidade, que protege a empresa de possíveis mudanças na legislação estipulando que os direitos e as obrigações das partes não poderão ser alterados sem seu consentimento mútuo.

O Estado não pode ser proibido de alterar sua legislação, mas caso uma alteração venha a afetar um contrato que contém uma cláusula de estabilização, o Estado deverá responder por isso. Podemos ainda acrescentar a possibilidade das empresas, em observância ao princípio da liberdade contratual, adotarem como lei aplicável ao contrato um conjunto de normas diferentes da lei do Estado contratante.

Todavia, a internacionalização do contrato só será eficaz se a ele for adicionada uma cláusula compromissória, no intento de evitar que o Estado faça uso de sua soberania por meio de sua imunidade, a qual iria obstruir seu julgamento pela jurisdição de outro Estado e levaria o litígio a ser obrigatoriamente analisado pelos tribunais do próprio Estado contratante.

Com a complementação dada pela cláusula compromissória, o contrato poderá ser avaliado com base no direito internacional, caso este tenha sido escolhido como lei aplicável. Além disso, ao compreender no contrato uma cláusula que preveja arbitragem como forma de resolução de conflitos e permita que o Estado seja questionado perante uma jurisdição exterior a ele, a empresa aumenta suas chances de, caso se faça necessário, auferir uma indenização por violação do contrato pelo Estado.

As cláusulas compromissórias, além de obrigatórias, são intangíveis, não podendo, dessa maneira, ser afetadas por mudanças ocorridas no restante do contrato. Ou seja, os Estados não podem invocar sua imunidade de jurisdição no que se refere a um acordo arbitral.

É importante que hoje os atores privados possam utilizar esse tipo de arbitragem “mista” ou “transnacional” de caráter *ad hoc* para salvaguardar seus direitos. Em outros tempos, as empresas estavam sujeitas a proteção diplomática para questionar seus direitos, tal instituto do direito internacional permite a um Estado defender as reivindicações de seus nacionais para obter a reparação de danos que lhes tenham sido causados por um Estado estrangeiro. Esse instituto, assim sendo, transforma a contenda entre as partes contratantes em litígio entre Estados, uma vez que o Estado protetor substitui o ator privado.

Em conjunto com as arbitragens de caráter *ad hoc*, existem hoje outras instituições permanentes destinadas à arbitragem com as quais os atores privados podem contar, são elas: a Câmara de Comércio Internacional e a Associação Americana de Arbitragem (*American Arbitration Association*). Ambas as instituições não só apreciam diversos casos, mas possuem regulamentos adotados como modelo por árbitros em todo mundo. Uma outra instituição que possui grande relevância no contexto dos contratos celebrados entre Estados e particulares é o Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas aos Investimentos (*International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*):

Muito embora o ICSD possa ser usado também em situações envolvendo a mediação, a instituição se consagrou pelo aparato colocado à disposição das partes para a solução de controvérsias via arbitral. O ICSID não é, em si, um ente conciliador ou tribunal arbitral, mas uma instituição dotada de um conjunto de regras e estrutura que permitem o estabelecimento de procedimentos de mediação e arbitragem. Assim é que, de um lado, o Conselho Administrativo estabelece as regras e procedimentos a serem seguidos pelas partes envolvidas em procedimentos de mediação e arbitragem, assim como regras para gerir o próprio órgão. De outro lado, a Secretaria encarrega-se de questões administrativas, como por exemplo o suporte aos procedimentos em curso perante o ICSD. O ICSD possui uma lista de árbitros que podem integrar um tribunal arbitral. Para formação dessa lista, cada Estado – parte deve indicar quatro nomes. Isso não impede, contudo, que as partes, em um procedimento arbitral, indiquem outros nomes que não constem da lista para integrar o tribunal arbitral construído segundo as regras do ICSID. (GIUSTI; TRINDADE, 2012, p.1220 -1221)

O ICSID foi instituído pela convenção de Washington, firmada em 1965 sob os esforços do Banco Mundial, sendo sua jurisdição aceita pela grande maioria dos países. Ele é um sistema de arbitragem permanente, cuja competência se limita, *ratione materiae*, aos litígios de ordem jurídica relativos a investimentos, e *ratione personae*, a pleitos que opõem um Estado contratante a uma pessoa privada nacional de outro Estado signatário da Convenção de Washington. O consentimento outorgado pelos Estados ao aceitar a jurisdição do ICSID é irrevogável e não pode ser unilateralmente retirado, e também os compromete a renunciar outras maneiras de solução de disputas.

Ao analisarmos, mesmo que de forma sucinta, alguns ramos nos quais se multiplicam novas regras de caráter internacional, já podemos perceber o quanto o crescimento da interdependência entre nações tem influenciado o Direito.

Tanto na alçada pública, quanto na privada, as atividades passaram a demandar por regras e instituições que atuem de maneira transnacional. Em resposta a tais exigências, os Estados começaram a tomar parte no desenvolvimento dessa regulamentação jurídica, mesmo que sua participação seja limitada ao consentimento com a elaboração dessas normas.

3 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

Um dos grandes problemas para a regulação das relações geradas pelo comércio eletrônico se encontra, em princípio, no fato do sistema jurídico não estar preparado para uma atividade que envolve uma dimensão territorial tão grande, tendo em vista que os ordenamentos jurídicos são desenvolvidos para tutelar situações que acontecem em um determinado espaço.

Não bastando isso, a velocidade com que os fatos se desenvolvem no mundo virtual e a complexidade dos elos ali criados não costuma ser acompanhada pelos legisladores, e assim, o comércio eletrônico se consolida por meio de uma autorregulação, pela adoção de costumes apregoados na internet.

A consequência advinda desse fato é uma ideia de insegurança para aqueles que realizam negócios via internet, uma sensação de que naquele meio não há amparo jurídico, de “terra sem lei”. Embora o sentimento exista, já é sabido que isso não reflete a realidade atual.

O comércio eletrônico mundial movimentava vultosas somas em dinheiro, envolve empresas de grande porte, e hoje é uma atividade tão comum na sociedade quanto realizar uma compra em supermercado, pois, com a difusão da internet e a facilidade de seu acesso, são poucos

os cidadãos que não participam ou, ao menos, sabem da existência dessa prática.

E partindo desse reconhecimento, a comunidade internacional mostra-se cada vez mais preocupada em regulamentar essa atividade numa tentativa de positivar novas regras para o *e-commerce*.

Nesse contexto, alguns países já se inclinaram a desenvolver leis específicas sobre o comércio eletrônico – que visam adequar e uniformizar as normas de comércio eletrônico em padrão mundial –, sendo a maioria delas inspiradas na Lei Modelo criada pela UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas de Direito Comercial Internacional).

A UNCITRAL^[1] foi criada pela Assembleia Geral da ONU, e desde então tem realizado vários estudos no intuito de regulamentar o comércio internacional. No âmbito do comércio eletrônico já produziu as seguintes regulamentações: a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico (1996), a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Assinaturas Eletrônicas (2001), o Projeto de Lei sobre Contratos Eletrônicos (2003) e a Convenção das Nações Unidas sobre o uso das Comunicações Eletrônicas nos Contratos Internacionais (2005).

Esse artigo abordará com mais profundidade os aspectos da Lei Modelo de Comércio Eletrônico (Model Law on Electronic Commerce), a qual foi resultado de diversos debates sobre o assunto com os países membros da ONU e após a aprovação das regras estipuladas, foi editada em 14 de julho de 1996, sendo adotada em dezembro do mesmo ano pela Assembleia Geral.

A referida Lei foi a primeira ação desse organismo para regulamentar o comércio eletrônico, e trouxe respostas para alguns problemas encontrados na prática do *e-commerce* como explica Bruno *apud* Ribeiro (2004, p.18):

[...] a Lei modelo tenta regulamentar os temas mais polêmicos do comércio eletrônico que são a integridade do conteúdo do documento, falta de

assinatura de próprio punho dos contratantes e a identidade das partes envolvidas nesse comércio. Sublinha, também, a importância da integridade da informação para que seja validada e fixa os critérios necessários para a autenticação das mensagens eletrônicas. Quanto aos contratos a Lei Modelo deixa a cargo de cada país desenvolver uma regulamentação interna a respeito.

Outra preocupação da UNCITRAL ao criar essa Lei Modelo foi o entendimento de que a harmonização das regras de comércio eletrônico permitiria maior participação dos países em desenvolvimento no comércio global, pois, com as regras uniformes, admite-se uma maior paridade entre as nações na prática dessa atividade.

A Lei Modelo fornece aos legisladores de cada país normas aprovadas internacionalmente, todas elas apontando formas de contornar obstáculos legais e tornar o comércio eletrônico seguro, sob uma perspectiva jurídica. Ela pode ser utilizada para qualquer tipo de troca de informações eletrônicas presentes no contexto dessa prática comercial.

A Lei Modelo traz disposições gerais sobre o comércio eletrônico e também em áreas específicas, como transporte de mercadorias, além de um guia com informações adicionais e explicações para orientar leitores e os próprios Estados na adoção das regras e criação de sua legislação própria^[2].

Embora a Lei Modelo da Uncitral represente um grande avanço na regulamentação do comércio eletrônico, ela ainda não cobre a matéria como seria necessário. Por exemplo, não há uma abordagem de assuntos referentes à internacionalidade da relação jurídica, logo, não são apresentadas soluções sobre qual seria a lei aplicável e a jurisdição competente, ambas noções indispensáveis para o direito internacional privado.

As orientações presentes na Lei Modelo têm sido cada vez mais utilizadas, uma quantidade expressiva de países[3], entre eles Austrália, Canadá, Barbados, Venezuela, já criaram leis para o comércio eletrônico tendo-a como base.

Existem outras organizações que também se dedicam ao estudo e desenvolvimento de regras atinentes ao comércio eletrônico internacional, como a OCED – Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (Organization for Economic Co-operation and Development), a OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual (World Intellectual Property Organization) e a OMC – Organização Mundial do Comércio (World Trade Organization), da qual falaremos posteriormente.

4. O PAPEL DA OMC NA REGULAMENTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL

O comércio internacional pode ser regulado por dois Estados que mantenham relações comerciais entre si, entre alguns Estados, ou ser organizado de forma a permitir a participação de todos os países do globo.

As relações jurídicas criadas podem então ser bilaterais ou multilaterais. O principal organismo do sistema multilateral de comércio é a Organização Mundial do Comércio, que atua na promoção do livre comércio no mundo, para que ele seja exercido em condições equilibradas nas relações comerciais entre países, sem tratamentos discriminatórios e barreiras.

A OMC é parte do Sistema das Nações Unidas, criada pelo Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, parte da Ata de Marrakesh, assinado em 1994[4]. A entidade possui um conjunto de órgãos permanentes, Estados - membros e regras jurídicas que instituem padrões de conduta destes.

Os acordos delineados na OMC são negociados entre a maior parte dos países do mundo, e após sua conclusão são adotados nos ordenamentos jurídicos internos de cada um deles.

A primeira menção direta na OMC ao tema comércio eletrônico aconteceu na Conferência Ministerial em Genebra, em 1998. Nessa conferência, em reconhecimento ao fato de que o comércio eletrônico estava crescendo e trazendo novas oportunidades para o comércio, o Conselho Geral propôs a criação de um programa de trabalho (Work Programme on Electronic Commerce) abrangente para o exame de todas as questões relativas ao comércio eletrônico global. Como pontos principais foram estabelecidos que os membros continuariam com a política de não impor taxas aduaneiras para o comércio eletrônico^[5] e que o conteúdo dos acordos da OMC é aplicável ao comércio eletrônico.

Para realizar os estudos sobre o comércio eletrônico, o programa de trabalho criou as comissões de Conselhos de Comércio de Serviços, o Conselho do Comércio de Bens, a Comissão sobre Comércio e Desenvolvimento e o Conselho para TRIPs – Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (Souza, 2011).

Sobre as funções das comissões, explica Souza (2011, p.9-10):

Ao conselho de Comércio e Serviços incumbiu-se a análise e relatório sobre o tratamento e enquadramento legal do comércio eletrônico no âmbito do GATS – *General Agreement on Trade and Tariffs*. Ao Conselho do Comércio de Bens outorgou-se o dever de examinar e relatar os aspectos relevantes do comércio eletrônico para as disposições do GATT 1994, *General Agreement on Trade and Tariffs*, os acordos comerciais multilaterais abrangidos pelo anexo 1^º do Acordo OMC, e o programa de trabalho aprovado. O conselho para os aspectos relacionados com o comércio de direitos de propriedade intelectual, denominado TRIPS, doutra feita, examinará e

informará sobre as questões de propriedade intelectual relacionados ao comércio eletrônico. Por fim, no programa de trabalho de comércio eletrônico, convencionou-se que caberá ao Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento analisar e informar as implicações para o desenvolvimento do comércio eletrônico, levando em consideração as características econômicas, financeiras e necessidades dos países em desenvolvimento.

Os estudos iniciados em 1998 continuaram e nos anos seguintes, entre 1999 e o ano 2000, os relatórios entregues ao Conselho Geral trouxeram alguns pontos importantes sobre o tema. Dentre eles a identificação de três tipos de negócios que ocorrem por meio da internet: os que acontecem inteiramente no meio virtual, os que englobam serviços de distribuição de produtos (mercadorias ou serviços) e os que abrangem serviços de telecomunicações (FORTES, 2013).

Em 2001, aconteceu a Quarta Conferência Ministerial em Doha, Qatar. Nela foi acordada a continuação do programa de trabalho, bem como a continuação da inexigibilidade de taxas alfandegárias nas atividades de *e-commerce*. Além disso, foram apresentados relatórios sobre os avanços obtidos na área e o reconhecimento da existência de novos desafios criados pelo comércio eletrônico aos membros da OMC, mas, que isso só reforçaria a necessidade de criar e manter um ambiente favorável para o desenvolvimento da atividade[6].

No ano de 2002 as orientações da Declaração de 1998 continuaram a ser seguidas, assim como nas Conferências Ministeriais seguintes, tendo em sido tomada em Hong Kong (2005) decisão relativa ao tratamento comercial que deve ser dispensado nos casos de entrega de softwares por via eletrônica.

Na Conferência de Genebra (2011), após a apresentação de relatórios e novas propostas pelos membros, ficou decidido, entre outras questões, que o *Work Programme on Electronic Commerce* terá prosseguimento com objetivo de desenvolver ainda mais as discussões

sobre a aderência dos membros aos princípios básicos da OMC – em especial pelos países desenvolvidos -, incluindo a não discriminação, a previsibilidade e a transparência, com o intuito de melhorar a conectividade à internet, o acesso a todas as tecnologias da informação, telecomunicações e sites públicos, promovendo o crescimento do comércio eletrônico, em especial nos países em desenvolvimento. Na mesma ocasião, ainda se falou sobre o acesso ao comércio eletrônico por micro, pequenas e médias empresas, incluindo pequenos produtores e fornecedores[7].

Na concepção da OMC, o comércio eletrônico é a produção, propaganda, venda e distribuição de produtos por meio das redes de telecomunicação, e é através dos mencionados debates que ela procura dentre as normas já consagradas na organização qual é a adequada para regular essa atividade, além de buscar estratégias que aperfeiçoem esses acordos.

Uma das causas que dificultam a implementação plena dos acordos já criados, diz respeito a classificação que eles trazem sobre bens e serviços, e, ainda, se os produtos hoje disponíveis no ambiente virtual se enquadrariam nela.

Partindo desse pressuposto, seria possível definir se seria aplicado o GATS (Acordo Geral sobre Comércio de Serviços) ou o GATT (Acordos Multilaterais de Comércio de Bens) à essas relações, e quanto a outro importante acordo assinado na OMC, o Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), não resta dúvida de sua grande aplicabilidade em assuntos relacionados ao comércio eletrônico, uma vez que determina a aplicação de normas de proteção a propriedade intelectual.

O GATS possui um conjunto de princípios que regulam a atividade internacional de comércio e serviços, abarca ainda os serviços de comunicação e a infraestrutura que possibilita o comércio pelas vias eletrônicas. Em seus 29 artigos, trata do seu âmbito de aplicação e definições; obrigações e disciplinas gerais; compromissos específicos;

liberalização progressiva; disposições institucionais; disposições finais (RIBEIRO,2004).

Ele estabelece também as modalidades de prestação de serviço:

Modalidades de Serviço	Descrição	Exemplo
Modalidade 1	Transfronteiriço Prestação de um serviço com origem no território de um Membro e com destino ao território de qualquer outro Membro.	Serviços transferidos por redes de telecomunicações, serviços de transporte e outros.
Modalidade 2	Consumo no exterior Serviço no território de um Membro a um consumidor de serviços de qualquer outro Membro.	Serviços de consumo no exterior como turismo, educação e outros.
Modalidade 3	Presença comercial Execução de um serviço realizado por um prestador de serviços de um Membro através da presença comercial no território de qualquer outro Membro.	Serviços realizados pelos escritórios de bancos, pelas seguradoras, agências de publicidade e outros.
Modalidade 4	Movimento de pessoas físicas Serviço realizado por um prestador de serviços de um Membro através da	Serviços prestados por médicos, jogadores, consultores e outros.

presença de pessoas naturais de um Membro no território de qualquer outro Membro
--

Fonte: RIBEIRO(2004, p.7)

O GATT, por sua vez, faz referência tanto ao tratado que regula o comércio internacional, ao qual iremos nos referir agora, quanto ao organismo que cuidava da aplicação de suas normas antes da criação da OMC.

O GATT de 1994, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, é o principal instrumento jurídico da OMC, e nele estão contidas as disposições do GATT original e todas as alterações que surgiram em rodadas de negociações posteriores. O documento apresenta uma descrição de alguns dos princípios gerais que devem nortear o desenvolvimento do comércio e as negociações comerciais internacionais (PORTELA, 2012). Apesar de seus princípios fundamentais também serem adequados ao comércio de serviços e aos direitos de propriedade intelectual, ele ainda é um pacto que trata exclusivamente de bens.

Para a União Europeia todas as transmissões por meio eletrônico consistem em prestações de serviços, logo, o comércio de produtos realizado através da internet deve ser orientado pelo GATS, compartilhando dessa posição a grande maioria dos países membros da OMC.

Entretanto, algumas mercadorias à venda pela internet são entendidas, por alguns Estados, como um misto de bem e serviço, como, por exemplo, um livro eletrônico. Ainda que tenham esse entendimento, os que assumem tal posição consideram que ainda são necessários mais estudos antes de definirem a classificação dos bens virtuais.

Todavia, independentemente das dissensões sobre o tema, qualquer acordo que seja adotado, necessita de alguns ajustes e revisões

para se adequar à nova realidade do comércio eletrônico e terá que continuar sendo adaptada em curtos intervalos de tempo, em virtude da dinamicidade característica da rede mundial de computadores.

Por fim, permanece como grande desafio para os organismos internacionais que desempenham suas atividades na regulação do comércio internacional, o dever de assegurar a criação de normas adequadas e homogêneas, que facilitem e fomentem o desenvolvimento do comércio, e não deixem aos Estados brechas para criação de leis de cunho protecionista diante da liberdade de legislar que cada um deles possui.

CONCLUSÃO

A grande interação que existe atualmente entre as economias mundiais tem como consequência a relação de interdependência entre nações, dessa forma, todas as políticas adotadas por um Estado têm – inevitavelmente – resultados que vão além de suas fronteiras. Assim, há um importante processo que envolve a cooperação internacional e que pode trazer benefícios à todas as nações envolvidas, uma vez que essas alinham suas ações para atingir objetivos comuns.

Esse trabalho procurou discutir a relação entre o desenvolvimento de normas internacionais que abarcam essa nova situação de cooperação e de volumosas trocas comerciais entre os diferentes países do globo. Com isso procuramos evidenciar o imperativo de uma “globalização jurídica”, da normatização dessa relação já existente entre os Estados fortalecendo o direito internacional.

Tratamos brevemente do papel da arbitragem como mecanismo para solução de contendas comerciais internacionais, instituto que vem se tornando o procedimento padrão nessas situações, em virtude da falta de especialização da justiça estatal e em alguns casos de sua morosidade.

Observamos que a Lei Modelo da Uncitral trouxe grande progresso no regramento das atividades de comércio eletrônico, todavia ainda não

compreende a matéria de forma completa, não trazendo em seu conteúdo algumas respostas necessárias para o direito internacional privado, como assuntos que dizem respeito à internacionalidade da relação jurídica.

O direito interno de muitas nações ainda é vago ao analisar o comércio eletrônico internacional, deixando muitas dúvidas que acarretam em danos, em especial pela vinculação desses contratos à elementos estrangeiros. São muitos os problemas relacionados aos conflitos de jurisdição que não podem ser solucionados nos casos em que as partes não manifestam interesse no uso da arbitragem.

Resta então à comunidade internacional trabalhar em prol da regulamentação do comércio eletrônico internacional, com objetivo de adotar normas apropriadas e comuns que, por sua vez, promovam e simplifiquem essa atividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de Jan de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 5jun 2013.

_____. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 4 de Set de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 5 jun 2013.

FORTES, Christienne Krassuski. **Notas sobre o comércio eletrônico e suas implicações na realidade jurídica contemporânea**: uma leitura interdisciplinar. Disponível em: . Acesso em: 02 mar. 2013.

MAGALHÃES, José Carlos; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Fontes do direito do comércio internacional: a Lex Mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Org.). Direito do comércio

internacional: aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v.1.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 6ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global – 4ª Ed. – São Paulo: Paz e Terra, 2014.**

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 4ª ed. Salvador: Juspodium, 2012.

RIBEIRO, Gleisse. OMC e as Iniciativas para Regulamentação dos Contratos Via Internet. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 1, n., p.1-23, 2004. Disponível em . Acesso em: 02 mar. 2013.

SOUZA, Luciano Comper de. O Comércio Eletrônico Global: desenvolvimento e regulação internacional. **Revista Virtual: Faculdade de Direito Milton Santos, Minas Gerais**, v. 9, n., p.1-18, 2011.

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. New York, 1999. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf. Acesso em: 10 jun 2013.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: conceitos básicos – 7ª Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.**

NOTAS:

[1]“United Commission on International Trade Law -, criada pela ONU em 17 de dezembro de 1962 com a específica missão de fomentar a harmonização e a unificação progressiva do direito comercial internacional através da coordenação dos trabalhos de

outras organizações, além de preparar novas convenções sobre temas específicos do comércio internacional” (RIBEIRO, 2004, p.17), com intuito de fomentar e aumentar as oportunidades de transações comerciais internacionais, a Uncitral ainda prepara e disponibiliza convenções, leis-modelo, e regras com aceitação mundial; guias com recomendações legislativas; informações atualizadas sobre jurisprudência em matéria de direito comercial; entre outras atividades. Disponível em: , acesso em: 19 jun 2013.

[2] 1996 – UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment with additional article 5 bis a adopted in 1998. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html>, acesso em 18 jun 2013.

[3] Informações na página da UNCITRAL sobre os países que já adotaram em suas jurisdições leis baseadas na Lei Modelo, disponível em: , acesso em: 18 jun 2013.

[4] [...] “O tratamento do tema comercial à época era feito por meio de negociações multilaterais conhecidas como “rodadas de negociação”. Uma delas, a Rodada do Uruguai, que se realizou entre 1986 e 1994, resultou na elaboração da Ata Final da Rodada do Uruguai de Negociações Multilaterais do GATT (“Ata de Marraqueche”), firmada em 1994, pela qual o GATT original foi substituído pelo chamado “GATT 1994” e por meio da qual foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC) ” (PORTELA, 2012, p.404 e 405)

[5] Declaration on Global Electronic Commerce, disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min98_e/ecom_e.htm>, acesso em: 20 jun 2013.

[6] “We take note of the work which has been done in the General Council and other relevant bodies since the Ministerial Declaration of 20 May 1998 and agree to continue the Work Programme on Electronic Commerce. The work to date demonstrates that electronic commerce creates new challenges and opportunities for trade for members at all stages of development, and we recognize the importance of creating and maintaining an environment which is favourable to the future

development of electronic commerce”. Disponível em: , acesso em: 20 jun 2013.

[7] WORLD TRADE ORGANIZATION (Geneva). **WORK PROGRAMME ON ELECTRONIC COMMERCE**: Decision of 17 December 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 jun. 2013.

O TRÁFICO DE PESSOAS: UMA PREOCUPAÇÃO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

EMÍLIA SANTIAGO RABELO DE JESUS: Bacharelanda do curso de Direito no Centro Universitário Ages - UNIAGES.

RESUMO: O Direito Internacional exerce grande influência no ordenamento jurídico do Brasil, principalmente no que diz respeito a tratados que positivam os Direitos Humanos de forma universal. Dessa forma, o presente artigo terá como escopo uma problematização relacionada ao tráfico de pessoas, envolvendo diretamente os acordos e convenções realizados no âmbito externo. Será imperioso destacar o conceito e o contexto histórico do crime supramencionado, bem como o teor e as ações adotadas pela Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, onde preliminarmente pode-se afirmar que o objetivo deste instrumento é reduzir drasticamente as incidências de tráfico de indivíduos, todavia ainda enfrenta grandes dificuldades na tentativa de resgatar a dignidade das vítimas do que se pode chamar de escravidão moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Tráfico de Pessoas; Direito Internacional.

1. INTRODUÇÃO

A necessidade de universalizar direitos inerentes ao homem se deu após inúmeros acontecimentos onde houve a negativa destes para os indivíduos, como as duas Grandes Guerras Mundiais, surgindo assim os tratados e convenções internacionais com o objetivo de garantir que a dignidade, considerada como um bem supremo por envolver todas as demais garantias, não fosse violada. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi uma das primeiras normas referentes à internacionalização dos direitos fundamentais.

No âmbito nacional, isto não foi diferente. Após o período conhecido como Ditadura Militar (1964 a 1985), onde não havia segurança em quaisquer garantias, surge a necessidade de reconhecimento dos direitos

humanos, que se deu através da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, vigorando até os dias atuais. Assim, a positivação dos direitos fundamentais também foi crucial para que o Brasil passasse para uma nova fase caracterizada pela preocupação com estes, fazendo com que o país adotasse as políticas necessárias para agregar ao ordenamento jurídico normas internacionais essenciais para a prevalência dos Direitos Humanos.

Todavia, é oportuno ressaltar que a positivação destes direitos ainda não se faz totalmente eficaz nos casos concretos, um exemplo disso são os inúmeros casos de tráfico de pessoas. Este assunto ainda é pouco abordado, porém de grande importância, uma vez que se trata de um crime que acontece de forma mais frequente do que se imagina. Constitui uma grave violação de todos os direitos inerentes aos indivíduos, dessa forma, será imprescindível destacar acerca das suas características, seu histórico e como as Comissões de Direitos Humanos desenvolvem políticas com o objetivo de acabar ou ao menos diminuir os índices de prática desse delito.

2. DESENVOLVIMENTO

É reconhecível que uma das mais cruéis violações dos direitos humanos é a prática do tráfico de pessoas. A partir do momento esta atrocidade é desenvolvida, a vítima, além de ter sua liberdade violada, também tem negação da dignidade, fazendo com que este fique a mercê de imposições do agente ativo deste crime. Trata-se, portanto, de um crime que tem como bem jurídico tutelado todos os direitos inerentes ao ser humano. O objetivo principal é determinado pelo aumento do poder econômico, uma vez que se sugere como um negócio, que gera lucros para os que praticam, enquanto os sujeitos passivos ficam excluídos de condições dignas de trabalho e sem nenhuma perspectiva de vida.

Dessa forma, viabilizando a necessidade de combate ao Tráfico de Pessoas, o Brasil, em 2004, ratificou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial

Mulheres e Crianças (2000), incorporado pelo Decreto n. 5017, de 12 de março de 2004.

Em 2006, o país instituiu a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, em 2008 o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Em 2009, com a Portaria n. 31 da Secretaria Nacional de Justiça foi instituído apoio ao desenvolvimento do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, atendendo a uma das metas do Programa Nacional de Segurança e Cidadania – PRONASCI. Em 2013, foi lançado o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Assim, tornou-se necessário a participação dos Estados, órgãos internacionais, organizações não governamentais, mídia e da academia para desenvolver as políticas adotadas pelo Brasil com o intuito de erradicar a prática do tráfico de pessoas, que começou numa época mais remota do que se imagina. Desde o século XIX acontecia a luta contra o tráfico negreiro, que tinha como escopo a escravidão, onde a segregação racial encontrou seu ápice desencadeado pelos interesses do capitalismo industrial. A partir do século XX houve uma mudança no foco, surgindo assim o tráfico de mulheres para a prostituição. Nesse período, o combate ao tráfico de pessoas teria um caráter de prevenção de crime e de preocupações pelas violações das leis de imigração, quando foram criados os primeiros tratados internacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Atualmente, o tráfico de pessoas possui um viés essencialmente econômico, caracterizado pela precarização das relações de trabalho, a informalização do emprego, a racionalização, corte de empregos, redução de funcionários, flexibilização do trabalho, a diminuição de direitos para as vítimas. O trabalho forçado é a principal peculiaridade do tráfico de pessoas, envolvendo 20% dos sujeitos passivos desse delito, que se tornou um dos meios ilícitos mais lucrativos em todo o mundo.

No que pese as vítimas, o artigo 3º da Lei 5017 determina que as mulheres e crianças são as mais procuradas, todavia tais “escolhas” variam de acordo com a finalidade do tráfico. No tráfico de órgãos, por exemplo, a preferencia é de jovens com boa saúde; já para a exploração

sexual, os criminosos escolhem mulheres e meninas, que na maioria das vezes são iludidas com promessas de melhoria de qualidade de vida e oportunidade de trabalho. As crianças também são alvo dos traficantes, que as levam através de sequestro ou até mesmo são entregues aos criminosos por seus próprios pais, possuidores de condições de vida precárias e com a esperança de que estes fiquem livres da pobreza que os afligem.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo vive um período de globalização, onde o deslocamento e as informações tornam-se mais rápidas. Todavia, a busca incessante por condições de vida melhores em diversas partes do mundo faz com que haja uma facilidade para o tráfico de indivíduos, que a partir disso se veem diante de uma situação desesperadora, onde há a negação dos direitos a eles inerente. Crianças, mulheres e jovens são consideradas as principais vítimas, tendo em vista a sua fragilidade diante das condições expostas nos países de origem, o que agiliza ainda mais o aliciamento. Os traficantes prometem melhorias de vida e melhores condições de trabalho, o que não passa de uma grande farsa com o propósito de exploração de forma exacerbada dos sujeitos passivos deste delito.

Em suma, é imprescindível destacar que as Políticas de Combate ao Tráfico de Pessoas, tanto em âmbito nacional quanto internacional perfazem um rol de incumbências essenciais para que o tráfico de pessoas perca forças. Além disso, cabe a participação de Ministérios, organismos internacionais, estados e sociedade civil de forma direta e indireta, com o propósito de tornar as atividades e normas estatais eficazes perante a problemática em epígrafe.

Assim, diante do exposto, pode-se afirmar que o tráfico de pessoas ainda é um problema muito difundido em todo o mundo. O direito internacional, através de tratados e convenções, busca erradicá-lo com o objetivo de garantir a todos os indivíduos o pleno desenvolvimento dos seus direitos, todavia isto ainda está longe de acontecer. A positivação de normas de combate a este crime

por si só não é suficiente, sendo necessária a promoção de políticas públicas e participação dos órgãos competentes com o objetivo de combatê-lo. Outro ponto essencial seria a maior severidade das penas para os que praticam o crime, devendo estas estarem em consonância com os princípios da individualização e da proporcionalidade na esfera penal.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Accioly, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004**. Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAMINA, Larissa. **Direito Internacional Convencional**. Ijuí: Unijuí, 2006.

PRIMEIROS COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.177/RJ: DA USUCAPIÃO DE BENS MÓVEIS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Um dos aspectos mais proeminente do Direito, enquanto ciência, está intimamente atrelado ao seu progressivo e constante aspecto de mutabilidade, albergando em seu âmago as carências da sociedade, as realidades fática que possuem o condão de motivar a renovação do sedimento normativo. Neste aspecto, cuida salientar que o instituto civil da usucapião rememora à Lei das Doze Tábuas, de 455 antes de Cristo, sendo um instrumento direcionado para a aquisição da propriedade, quer seja de bens móveis, quer seja de bens imóveis. Para tanto, o único requisito observado concernia a posse continuada por um (*annus*) ou dois anos (*biennun*). Neste sentido, o presente se debruça em analisar as hipóteses de reconhecimento da usucapião de coisas móveis, bem como suas modalidades (ordinária e extraordinária). Em ambas as modalidades de usucapião de coisa móvel também incidem as regras da união de posses, tanto pela *accessio* quanto pelo *successio possessionis*, bem como as causas impeditivas e suspensivas aplicáveis aos institutos esposados alhures. Com efeito, para que se torne possível a aquisição da propriedade do bem móvel, por usucapião, é necessário que fique comprovada a posse, pelo período mínimo de três anos, devendo-se demonstrar, também, que esta é mansa e ininterrupta, e com fundamento em justo título. Ora, a usucapião de bens móveis encontra reconhecimento na necessidade do possuidor da *res* ter de comprovar e regularizar a propriedade.

Palavras-chaves: Usucapião de Bens Móveis. Modalidades. Prescrição Aquisitiva.

Sumário: 1 Considerações Iniciais; 2 Usucapião: Abordagem Histórica; 3 Usucapião: Abordagem Conceitual do Tema; 4 Da Usucapião de Bens Móveis

1 Considerações Iniciais

Em linhas inaugurais, ao se dispensar uma análise ao tema central do presente, necessário se faz examinar a Ciência Jurídica, assim como suas múltiplas e distintas ramificações, a partir de um viés norteado pelas relevantes modificações que passaram a permear o seu arcabouço teórico-doutrinário, bem como seu sedimento normativo. Nesta perspectiva, valorando os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a emoldurar o Direito, é plenamente possível grifar que não subsiste a visão na qual a ciência ora aludida era algo pétreo e estanque, indiferente à gama de situações produzidas pela coletividade, enquanto elemento de convívio entre o ser humano. Como resultante do acinzelado, infere que não mais vigota a imutabilidade dos cânones que outrora orientavam o Direito, o aspecto estanque é achatado pelos anseios e carências vivenciados pela sociedade.

Ainda nessa trilha de exposição, “*é cogente a necessidade de adotar como prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Com efeito, a utilização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como axioma maior de sustentação é mecanismo proeminente, quando se tem, como objeto de ambição, a adequação do texto genérico e abstrato das normas, que integrem o arcabouço pátrio, às nuances e complexidades que influenciam a realidade moderna. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não*

envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Com grossos traços e cores fortes, prossegue o eminente Ministro Eros Grau abordando que:

É do presente, na vida real, que se toma as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida --- e vida é movimento. Assim, o significado válidos dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos[3].

Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados. Ao lado do esposado, quadra negritar que a visão pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Por necessário, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[4]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis. Gize-se a brilhante manifestação apresentada pelo Ministro Marco Aurélio, que, ao abordar acerca das linhas interpretativas que devem orientar a aplicação da Constituição Cidadã, expôs:

Nessa linha de entendimento é que se torna necessário salientar que a missão do Supremo, a quem compete, repita-se, a guarda da Constituição, é precipuamente a de zelar pela interpretação que se

conceda à Carta a maior eficácia possível, diante da realidade circundante. Dessa forma, urge o resgate da interpretação constitucional, para que se evolua de uma interpretação retrospectiva e alheia às transformações sociais, passando-se a realizar a interpretação que aproveite o passado, não para repeti-lo, mas para captar de sua essência lições para a posteridade. O horizonte histórico deve servir como fase na realização da compreensão do intérprete[5].

Nesta toada, os princípios jurídicos são erigidos à condição de elementos que trazem em seu âmago a propriedade de oferecer uma abrangência ampla, contemplando, de maneira única, as diversas espécies normativas que integram o ordenamento pátrio. Em razão do esposado, tais mandamentos passam a figurar como supernormas, isto é, “*preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo*”[6]. Percebe-se, a partir da teoria em testilha, que os dogmas jurídicos são desfraldados como verdadeiros pilares sobre os quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar[7]. Por óbvio, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que dão substrato de edificação à ramificação Civilista da Ciência Jurídica, mormente o princípio da função social da propriedade, no que pertine ao instituto da usucapião e seus múltiplos desdobramentos. Trata-se, portanto, de assentar uma ótica analítica influenciada robustamente pela extensão dos princípios jurídicos, os quais, corriqueiramente, têm o condão de permitir a adequação da norma abstrata a situações concretas, assegurando, desta feita, a contemporaneidade do ordenamento jurídico.

2 Usucapião: Abordagem Histórica

In primo loco, cuida argumentar que o instituto civil da usucapião rememora q Lei das Doze Tábuas, de 455 antes de Cristo, como bem anota Farias & Rosenvald[8], afigurando-se como instrumento empregado para a aquisição da propriedade, quer seja de bens móveis, quer seja de bens imóveis. Para tanto, o único requisito observado implicava na posse continuada por um (*annus*) ou dois anos (*biennun*). O

primeiro prazo era destinado a móveis e outros direitos (*coeterum rerum*), ao passo que o segundo prazo era aplicado aos imóveis (*fundi*)^[9]. Nesta trilha, guarda harmonia como o expandido os ensinamentos de Madeira, ao lecionar sobre a Sexta Tábua, diciona que “*além de diversas outras disposições, estabelece tal tábua o prazo de dois anos para usucapir bens imóveis e de um ano para o usucapião de bens móveis (VI.5)*” ^[10].

Com efeito, há que se salientar que, durante o período da vigência da Doze Tábuas Romanas, a aquisição da propriedade estava restrita aos cidadãos romanos, ou seja, “*somente o cidadão romano podia adquirir a propriedade; somente o solo romano podia ser seu objeto, uma vez que a dominação nacionalizava a terra conquistada*”^[11]. Com o passar dos séculos, as fronteiras do Império Romano são expandidas, quando começa a se observar o alargamento da possibilidade de usucapir, vez que o possuidor peregrino, passam a ter acesso ao instituto em comento, o qual passa a figurar como uma espécie de prescrição.

Desta feita, vislumbra-se um instrumento de exceção (*exceptio*), cujo pilar de sustentação tange à posse por longo tempo da coisa, atentando-se para os prazos de 10 (dez) e 20 (vinte) anos. Neste sentido, “*o legítimo dono não mais teria acesso à posse se fosse negligente por longo prazo, mas a exceção de prescrição não implicava perda da propriedade*”^[12]. Assim, ainda que o peregrino pudesse valer-se da exceção, o que já se revelava um avanço no pensamento da época no que pertine à concepção de cidadão e peregrino/estrangeiro, esta não tinha o condão de retirar o domínio do proprietário negligente. Neste sentido, Ferreira destaca:

Os dois institutos (*usucapio e praescriptio*) passaram a coexistir. O primeiro só vigorou para os peregrinos e também quanto aos imóveis provinciais a partir de 212; o segundo (*longi temporis*) teve vigência desde o ano de 199, sendo que a diferença entre ambos era quanto ao prazo – ano e biênio para a *usucapio*, dez anos (para os presentes – *inter praesentes*) e vinte anos (para ausentes – *inter absentes*) para a *praescriptio*. O

prazo foi aumentado devido à grande extensão do império romano. Essa prescrição de longo tempo foi estendida aos imóveis provinciais e coisas móveis, e constituía um meio de defesa processual – *praescriptio*, isto é, uma prescrição extinta da ação reivindicatória^[13].

Justiniano, em 528 depois de Cristo, funde em um único instituto a *usucapio* e a *praescriptio*, vez que, em decorrência a própria evolução do Direito Romano e dos instrumentos ora aludidos, não mais se observava diferenças entre a propriedade civil (objeto da *usucapio*) e a pretoriana (passível de *praescriptio*). Houve, a partir das ponderações estruturadas, a unificação dos institutos em um único, denominado usucapião, possibilitando ao possuidor de longo tempo (*longi temporis*) a utilização ação de cunho reivindicatório, com o escopo de obter a propriedade e não uma mera exceção, contrapondo-se ao que ocorria no instituto da *praescriptio*. Em decorrência da evolução do Direito Romano, constata-se que a usucapião, de maneira simultânea, se converteu em modo de perda e aquisição de propriedade, razão pela qual é chamada de “prescrição aquisitiva”. Logo, em razão da fusão dos institutos, verifica-se que a *praescriptio* passa a se desdobrar em dois instrumentos distintos: a primeira de caráter geral destinada a extinguir todas as ações e a segunda, um modo de adquirir, representado pela antiga usucapião. Ambas as instituições do mesmo elemento: a ação prolongada do tempo. Trata-se de instituto que passou a gozar de rotunda relevância no Direito.

3 Usucapião: Abordagem Conceitual do Tema

Com o escopo de sedimentar as bases sólidas acerca do instituto em estudo, quadra trazer à baila as noções conceituais, doutrinariamente, estruturadas acerca da usucapião. Pois bem, como se infere dos argumentos alhures apresentados, o instituto da usucapião afigura-se como instrumento que tem o condão de dar azo à aquisição da propriedade, em razão da posse continuada, no decorrer de determinado defluxe de tempo, sendo, para tanto, imprescindível a observação dos requisitos acinzalados pelo arcabouço jurídico pátrio. Complementando tal ótica, pode-se destacar, com grossos traços, que a prescrição configura

modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos legais. Em substrato similar, leciona Rodrigues que a usucapião é “*modo originário de aquisição de domínio, através da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado na lei*”[14] (*usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definit*).

Faz-se mister avançar que para a substancialização da usucapião, é imprescindível a conjugação de determinados, que abrangem tanto às pessoas a quem o instituto da usucapião importa, às coisas em que a usucapião pode incidir quanto à forma que a mesma se constituirá. Destarte, denotam-se três categorias distintas em que os mencionados requisitos podem ser albergados, quais sejam: pessoais, reais e formais. No que concernem aos requisitos pessoais, segundo os dizeres de Orlando Gomes[15], os requisitos pessoais são exigências relativas à pessoa do possuidor (usucapiente) que ambiciona adquirir a coisa através da usucapião, bem como do proprietário, que, em decorrência da aquisição da propriedade pelo usucapiente, perde a sua. Ab initio, revela-se importante destacar que o adquirente da propriedade, através da usucapião, seja considerado capaz e detenha qualidade para adquiri-la de tal forma.

Por oportuno, há que se registrar que por se tratar de uma prescrição aquisitiva, logo, aplicam-se ao instituto em comento as mesmas causas impeditivas e suspensivas da prescrição, entalhadas nos artigos 197 e 198, ambos da Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002[16], que institui o Código Civil. Deste modo, “não correndo a prescrição entre ascendentes e descendentes, entre marido e mulher, entre incapazes e seus representantes, nenhum deles pode adquirir bem do outro por usucapião”[17]. Vale registrar que, uma vez dissolvida a sociedade conjugal e terminado o poder familiar, os prazos têm início e passam a ser contados. Em relação àquele que sofre os efeitos decorrentes da prescrição aquisitiva, não se infere nas normas pátrias qualquer exigência relativa à capacidade, bastando, tão-somente, que seja proprietária da coisa hábil (*res habilis*) de ser usucapida. Há que se registrar, neste ponto, que os incapazes podem sofrer os efeitos decorrentes da usucapião, vez que cabe àqueles que os representam impedir a ocorrência. Nesta linha de dicção, Farias &

Rosenvald não coadunam com tal entendimento, para tanto, expõem que “da mesma forma ninguém poderá usucapir um bem de titularidade do menor de 16 anos de idade ou de pessoa sob regime de curatela” [18].

Em se de requisitos reais, quadra salientar que, neste item, atrelam-se às coisas edireitos suscetíveis de serem usucapidos, pois há direitos e coisas que a prescrição aquisitiva não incide. Assim, há certos bens que são eivados de imprescritibilidade, a exemplo dos bens públicos, ou seja, aqueles pertencentes a pessoas jurídicas de direito público interno. “Quanto aos bens dominiais, não se admite sejam adquiridos por usucapião, emborasuscetíveis de aquisição por outros modos” [19]. Quadra destacar que a prescrição aquisitivaincide apenas nos direitos reais que recaem sobre coisas prescritíveis. Consoante aduz Farias & Rosenvald, “somente os direitos reais que recaiam em coisas usucapíveis poderão serobtidos por este modo de aquisição originário (seja a título de propriedade, servidão, enfiteuse, usufruto, uso e habitação” [20].

Os denominados requisitos formais da usucapião são responsáveis por atribuir a fisionomia característica da prescrição aquisitiva, oscilando de acordo com os lapsos temporais estabelecidos nos dispositivos legais. Todavia, independentemente da espécie de usucapião, é pungente a necessidade de dois requisitos, a saber: a posse (possessionis) e o lapsotemporal (tempus). Aos que se caracterizam pela duração mais curta, exige-se, ainda, a boa-fé (bona fides) e o justo título. A posse ensejadora da usucapião deve ser exercida comanimus domini, sendo considerada como o mais importante de seus requisitos, vez que atua como base de sustentação do próprio instituto. Nesse sentido, valiosa é a lição de OrlandoGomes, em especial, quando acrescenta, em relação ao tema em construção, com bastante propriedade, que:

A posse que conduz à Usucapião, deve ser exercida com animusdomini, mansa e pacificamente, contínua e publicamente. a) O animus domini precisa ser frisado para, de logo, afastar a possibilidade deUsucapião dos fâmulos da posse. [...] Necessário, por conseguinte, que o possuidor exerça a posse com animus domini. Se há obstáculo objetivo aque possua com esse animus, não pode adquirir a propriedade porusucapião. [...] Por fim, é preciso que

a intenção de possuir como dono exista desde o momento em que o prescribente se apossa do bem[21].

Neste giro, cuida explicitar que o *animus domini* configura a posse qualitativa que possui o condão de evidenciar, ao mundo exterior, que o usucapiente atua como possuidor, externando comportamento ou postura de quem considera, de fato, proprietário da coisa. Mais que isso, na verdade, só existe o ânimo do dono quando a vontade aparente do possuidor se identifica com a do proprietário, isto é, quando explora a coisa com exclusividade e sem subordinação à ordem de quem quer que seja. Por derradeiro, quanto ao *animus domini*, há que se citar as considerações de Lenine Niquete, que aduz:

[...] por definição, é o ‘*animus domini*’ a vontade (ainda que de má-fé) de possuir alguém como se fosse dono, donde o dizer-se que existe mesmo no ladrão, que sabe que a coisa lhe pertence. Mas [...] entende-se que para caracterizá-lo não basta aquela vontade: é preciso que ela resulte da ‘*causa possessionis*’, isto é, do título em virtude do qual se exerce a posse: de modo que se esta foi iniciada por uma ocupação, pacífica ou violenta, pouca importa, haverá o ânimo; se, ao contrário, originou-se de um contrato, como o de locação, por exemplo, que implica no reconhecimento do direito dominial de outrem, não se pode reconhecê-lo[22].

Ao se examinar o instituto da usucapião, denota-se que, em relação aos bens móveis, o lapso temporal exigido é mais curto, porquanto o encurtamento tem como marco justificatório a dificuldade de individualizar os bens móveis usucapiendos, como também a facilidade de sua circulação. Quadra explicitar ainda que, na realidade, em termos econômicos, vigora o ideário de que bens móveis têm menor importância econômica. D'outro passo, o prazo exigido para usucapir bens imóveis é maior, em razão de se entender que “maior deve ser o lapso de tempo no

qual o proprietário fique com a possibilidade de opor-se à posse doprescritor, reivindicando o bem”[23]. Vigora a premissa que o proprietário do bem imóvel detém maior interesse em conservá-lo, de tal maneira que sua inércia deve ficar sujeita à provadurante um íterim maior do que em relação aos bens móveis. Ademais, há que salientar que a diversidade de prazos escora-se, também, em decorrência dos requisitos exigidos para a consumação da usucapião. Por exemplo, o lapso temporal é abreviado quando restam comprovados a boa-fé do usucapiente e o justo título da coisa usucapienda.

Ao lado disso, por oportuno, destaque-se, com fortes cores, que é plenamente viável juntar posse para promover a prescrição aquisitiva. É permitido ao possuidor acrescentar à sua posse a do seu antecessor, desde que ambas sejam consideradas contínuas e pacíficas, pois em ocorrendo o contrário, tal possibilidade não subsistirá. Isto é, a soma de posses é permitida no ordenamento jurídico pátrio, mas para sua utilização é necessário o preenchimento de alguns requisitos. Nesta esteira, há que se evidenciar que aquele que obtém posse precária, clandestina ou violenta, não poderá somar o período anterior para completar o decurso temporal exigido pelo instituto da usucapião/prescrição aquisitiva.

4 Da Usucapião de Bens Móveis

Tradicionalmente, o instituto da usucapião, também nominado de prescrição aquisitiva, é vinculado a bens imóveis, usufruindo, no ordenamento jurídico nacional, de diversas legislações regulando a temática. Contudo, o Código Civil vigente traz à baila duas modalidades de usucapião de bens móveis, uma ordinária e outra extraordinária, respectivamente previstas na redação dos arts. 1.260 e 1.261, consoante se infere:

Art. 1.260 - Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa fé, adquirirá a propriedade.

Art. 1.261 - Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé. (BRASIL, 2002)

Em ambas as modalidades de usucapião de coisa móvel também incidem as regras da união de posses, tanto pela *accessio* quanto pelo *sucessio possessionis*, bem como as causas impeditivas e suspensivas aplicáveis aos institutos esposados alhures. Com efeito, para que se torne possível a aquisição da propriedade do bem móvel, por usucapião, é necessário que fique comprovada a posse, pelo período mínimo de três anos, devendo-se demonstrar, também, que esta é mansa e ininterrupta, e com fundamento em justo título. Venosa[24], ao discorrer sobre a incidência da espécie em comento de prescrição aquisitiva, vai sustentar que a usucapião de bens móveis encontra reconhecimento na necessidade do possuidor da *res* ter de comprovar e regularizar a propriedade.

Na hipótese de posse superior a cinco anos, torna-se prescindível o justo título, a exemplo do que se observa no instituto da usucapião de imóveis, na modalidade extraordinária. Basta tão-somente o decurso do lapso temporal exigido em lei. Segundo Rodrigues[25], “*ainda a respeito dos bens móveis, contempla o legislador duas espécies de usucapião: de um lado a usucapião que se poderia chamar ordinária, em que o usucapiente deverá provar a posse, boa-fé e justo título e que se consuma no exíguo período de três anos*”. Denota-se, portanto, que a *mens legis* do dispositivo civilista que consagra a modalidade ordinária da usucapião de coisas móveis guarda consonância com o artigo que versa sobre mesma espécie em sede de bens imóveis, estabelecendo a necessidade da presença dos elementos comprobatórios do exercício da posse (justo título), bem como a boa-fé. Neste sentido, inclusive, colhe-se entendimento jurisprudencial que serve como substrato:

Ementa: Processual Civil. Apelação cível. Usucapião de bem móvel. Requisitos. Preenchimento. Manutenção da decisão.- A declaração de aquisição da propriedade de bem móvel por usucapião exige a comprovação de posse

mansa e ininterrupta o bem por no mínimo três anos, se com base em justo título; se não houver justo título, o prazo é elevado para cinco anos. - Preenchidos tais pressupostos, a manutenção da sentença, que julga procedente o pedido, é medida que se impõe. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Nona Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 2.0000.00.494159-9/000/ Relator: Desembargador Tarcísio Martins Costa/ Julgado em 01.04.2008/ Publicado em 19.04.2008).

Venosa[26], ainda, vai lecionar que, tal como ocorre nos bens imóveis, a modalidade extraordinária da usucapião de coisas móveis ignora a imprescindibilidade do justo título e da boa-fé. Em complemento, Rodrigues vai lecionar que *“de outro, a usucapião extraordinária, que demanda o período mais amplo de cinco anos, em que basta a prova da posse mansa e pacífica durante aquele intervalo, posto que a lei presume, de maneira irrefragável, o justo título e a boa-fé”*[27]. Assim, apesar da escassez jurisprudencial, é possível transcrever o entendimento pretoriano no sentido que:

Ementa: Apelação Cível. Usucapião de bem móvel. Veículo. Citação por edital. Nulidade. Inocorrência. 1. Transcorrido grande lapso temporal de tramitação do feito e efetuadas todas as diligências possíveis para a citação pessoal, válida a citação por edital, a qual cumpriu as formalidades legais. Preliminar de nulidade afastada. 2. Tangente ao mérito, verifica-se que o autor encontra-se na posse do veículo há mais de cinco anos, em razão de aquisição do mesmo junto à revenda demandada. Logo, preenchido o requisito elencado no artigo 1261 do Código Civil, impõe-se a manutenção da sentença vergastada. Negaram provimento ao apelo. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Terceira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº

70072093958/ Relator: Desembargadora Elisabete Correa Hoeveler/ Julgado em 15.12.2016).

O maior óbice processual, todavia, na usucapião de coisas móveis repousa em saber em face de quem promover o pedido, porque a pretensão, em teoria, é direcionada contra todos. Logo, em hipótese de réu indeterminado, a sentença limita-se a declarar o domínio, homologando, por via de consequência, a pretensão. Incumbe ao magistrado, contudo, exigir a prova necessária, a exemplo da certidão de inexistência de ações possessórias concernentes ao bem descrito na peça exordial. Ora, desconhecido o atual proprietário da coisa móvel, surge, como dúvida, quem figurará no polo passivo da demanda. A solução processual mais aconselhável no caso concreto será a promoção da citação editalícia dos réus desconhecidos, incertos e ausentes, hipótese em que determinará a presença do Ministério Público. Subsistindo a possibilidade de a coisa ter pertencido a entes estatais, é impositiva que seja dada ciência às Fazendas Públicas.

Venosa^[28], ainda, vai afirmar que o processo de usucapião de coisa móvel reclama cautela, mas não exagero e engessamento processual. O mesmo há que se apontar em relação à atuação do Ministério Público que, por vezes, exaspera os limites aceitáveis de seu mister, com requerimento de exigências descabidas. Comumente, a prova testemunhal se revelará suficiente para a comprovação da prescrição aquisitiva. Contudo, não é dispensada a possibilidade de prova pericial, caso as circunstâncias da posse da coisa o reclamarem. Caso o efeito da sentença for declaratório, haverá o reconhecimento da preexistência da propriedade da coisa móvel, logo, será a decisão título hábil para o registro administrativo, caso haja necessidade, como se infere nas hipóteses de veículos automotores, navios e aeronaves. É importante, ainda, destacar o efeito secundário mandamental do *decisum* da usucapião, consistente, caso não haja necessidade de registro, em ser registrada no Cartório de Títulos e Documentos, para conhecimento de terceiros.

Referências:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 20 jan. 2017.

_____. **Lei N°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 20 jan. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Marcus Vinicius Mendes. Análise Sistemática da Ação de Usucapião no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Juris Way.** Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico.** Campinas: Editora Russel, 2006.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** 2 ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.

MADEIRA, Eliane Maria Agati. **A Lei das XII Tábuas.** Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.

MOREIRA, Tiago da Rocha. Das Diferenças entre a Prescrição Aquisitiva e a Ação de Usucapião. **ViaJus.** Porto Alegre. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva (usucapião).** 3 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1981.

POLITO, André Guilherme. **Dicionário de Sinônimos e Antônimos**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível no site: . Acesso em: 20 jan. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 10 ed. v. 5. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível no sítio eletrônico: . Acesso em: 20 jan. 2017.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não-Characterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Acórdão proferido em ADPF 46/DF. Órgão

Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 20 jan. 2017.

[3] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não-Characterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Acórdão proferido em ADPF 46/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 20 jan. 2017.

[4] VERDAN, 2009, s.p.

[5] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não-Characterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Acórdão proferido em ADPF 46/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 20 jan. 2017.

- [6] VERDAN, 2009, s.p.
- [7] TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.
- [8] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 257.
- [9] Neste sentido: FERREIRA, Marcus Vinicius Mendes. Análise Sistemática da Ação de Usucapião no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Juris Way**. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.
- [10] MADEIRA, Eliane Maria Agati. **A Lei das XII Tábuas**. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017, p. 13.
- [11] MOREIRA, Tiago da Rocha. Das Diferenças entre a Prescrição Aquisitiva e a Ação de Usucapião. **ViaJus**. Porto Alegre. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.
- [12] FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 257.
- [13] FERREIRA, Marcus Vinicius Mendes. Análise Sistemática da Ação de Usucapião no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Juris Way**. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.
- [14] RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108.
- [15] GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.181.
- [16] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2017.
- [17] GOMES, 2010, p. 182.
- [18] FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 261.
- [19] GOMES, 2010, p. 182.
- [20] FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 264

[21] GOMES, 2010, p. 166.

[22] NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva (usucapião)**. 3 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1981, p. 121.

[23] GOMES, 2010, p. 183.

[24] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

[25] RODRIGUES, 2009, p. 193

[26] VENOSA, 2010.

[27] RODRIGUES, 2009, p. 194-195.

[28] VENOSA, 2010.

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: PREVISÃO LEGAL E TOMADORES LEGITIMADOS.

FÁBIO ANDRÉ UEMA OLIVEIRA: Procurador do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional pela PUCSP/COGEAE.

Resumo: O objetivo do presente estudo é indicar os principais dispositivos legais sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta e a legitimidade dos seus tomadores. Para tanto, mostraremos o histórico da inclusão do Compromisso de Ajustamento de Conduta na legislação brasileira e apontaremos quais entes podem tomá-lo.

Palavras-chave: Compromisso de Ajustamento de Conduta, ação civil pública.

Abstract: The objective of this study is to indicate the main rules of the Conduct Adjustment Agreement and the legitimacy of their signers. For that we will show the history of its inclusion in the Brazilian legislation and indicate the entities that can sign it.

Key words: Conduct Adjustment Agreement, class action.

SUMÁRIO: 1.Introdução 2.Esborço Histórico 3.Previsão Legal 4.Tomadores Legitimados 4.1.Legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública 4.2.Legitimados a Tomar o Compromisso 4.3.Teoria do Órgão 4.4.Entes da Administração Pública Direta 4.5.Entes que não podem tomar o compromisso 4.6.Entes da Administração Pública Indireta 5.Considerações Finais BIBLIOGRAFIA

1. Introdução

Tendo em vista que as relações do mundo atual são de massas e que diariamente um sem-número de pessoas são atingidas, em razão de danos aos interesses metaindividuais^[1], tem-se que o Compromisso de Ajuste de Conduta é um dos principais instrumentos para a tutela dos referidos interesses,

mostrando-se como a forma mais rápida e eficaz para a recomposição do dano ou como forma de tutela acautelatória dos direitos transindividuais.

Nesse passo, urge o estudo deste importante instrumento de defesa dos interesses metaindividuais. Sendo assim, buscaremos apontar o arcabouço legislativo do instituto e levantar os questionamentos existentes acerca da legitimidade de seus tomadores. Para tanto, elaboraremos um esboço do histórico da inclusão do Compromisso de Ajustamento de Conduta na legislação pátria, desde o seu ingresso efetivo no sistema jurídico pátrio com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Apontaremos que o ordenamento infraconstitucional contém diversos dispositivos para a proteção dos interesses metaindividuais que tratam do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

No tocante à legitimação, definiremos quais são os entes que podem celebrar o Compromisso de Ajuste e trataremos da interpretação que deve ser conferida ao termo “órgãos públicos”, de modo a verificar a possibilidade de outras pessoas jurídicas, não inseridas no conceito tradicional da doutrina sobre órgão público, de tomar o compromisso. Isso porque o §6º do artigo 5º da Lei nº. 7.347/85 preconiza: “§6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Assim, a interpretação literal e restritiva do dispositivo legal afastaria a possibilidade das pessoas jurídicas que não se enquadram no conceito de Administração Pública Direta – autarquias, fundações públicas, empresas públicas etc. – tomarem o compromisso de ajustamento.

Por derradeiro, abordaremos eventuais soluções às questões enfrentadas, no sentido da mais ampla proteção dos interesses transindividuais por meio do ajustamento de conduta.

2. Escorço Histórico

O Compromisso de Ajuste, como ensina Nélson Nery Jr., é:

fruto da experiência da revogada Lei de Pequenas Causas (Lei nº. 7.244, de 7.11.84), que conferia ao acordo extrajudicial, celebrado entre as partes e referendado pelo órgão do Ministério Público, natureza de título executivo extrajudicial (art. 55, parágrafo único). Tal sistema foi mantido pelo art. 57, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais (LJE – Lei nº. 9.099/95), que revogou e substituiu a Lei de Pequenas Causas. [2]

O instituto ingressou no sistema jurídico pátrio com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente[3], permitindo aos órgãos públicos a celebração do Termo de Compromisso na proteção dos interesses transindividuais tutelados pelo ECA. Pouco tempo depois, o Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 113, acrescentou o §6º ao art. 5º da Lei nº. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, ampliando a possibilidade da tomada de ajuste em relação aos demais interesses metaindividuais[4], inclusive em matéria consumerista[5], isto porque houve a criação do microssistema[6] do processo coletivo com a interação do CDC e da LACP.

Entretanto, impende ressaltar, que o Poder Executivo intentava vetar o sobredito dispositivo, tendo em vista que as razões do veto ao §3º do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que igualmente previa a possibilidade de celebração do compromisso em matéria consumerista metaindividual, expressamente buscava o veto tanto ao sobredito parágrafo quanto ao art. 113. Contudo, a Lei nº. 8.078/90 foi promulgada com o art. 113 em sua íntegra, ainda que por falha do gabinete da Presidência da República[7].

Tanto assim que parte da doutrina defende a extensão do veto ao art. 113 e, por conseguinte, ao §6º do art. 5º da LACP, como se

posicionam, v.g., Theotônio Negrão[8] e Manoel Antônio Teixeira Filho[9] sustentando este que o dispositivo "foi vetado pelo Sr. Presidente da República (conforme consta do DOU, edição de 12 de setembro de 1990, suplemento, pág. 11), ainda que esse veto, por inadvertência da Imprensa Oficial, não tenha constado da publicação do texto daquela norma legal".

Porém, seguindo os suficientes argumentos de Hugo Nigro Mazzilli[10], coadunados às decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça[11], o veto foi ineficaz, de forma a ser válida a norma que permite a efetiva solução extrajudicial do conflito, por meio do Compromisso de Ajustamento de Conduta em matéria de interesse transindividual, inclusive em relação ao consumidor[12].

3. Previsão Legal

O ordenamento infraconstitucional contém inúmeros dispositivos de natureza material e processual para a tutela dos interesses metaindividuais, sendo assim, transcreveremos os principais preceitos atinentes ao Compromisso de Ajustamento de Conduta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA o art. 211 permitiu o Ajustamento de Conduta em matéria de interesses ligados à proteção às crianças e aos adolescentes, dispondo: “Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

O art. 876 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, com a redação que lhe deu a Lei nº. 9.958/00, permitiu a celebração de Termos de Ajuste de Conduta firmados pelo Ministério Público do Trabalho, conferindo-lhes o efeito de ensejar execução, estabelecendo: “Art. 876 - As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e

os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executada pela forma estabelecida neste Capítulo”.

Em caso de dano ao meio ambiente, a Medida Provisória nº. 2.163-41/01 acrescentou o art. 79-A à Lei nº. 9.605/98, permitindo que órgãos ambientais celebrem Termos de Compromisso com pessoas físicas ou jurídicas, assegurada a força de títulos executivos extrajudiciais, prevendo:

Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

O principal dispositivo legal, acrescido pelo Código de Defesa do Consumidor à Lei da Ação Civil Pública, é o §6º do art. 5º da LACP, que dispõe, com os mesmos termos do art. 211 do ECA: “§6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Por seu turno, a Lei nº. 12.529/2011, que dispõe sobre a estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, contempla a figura do Termo de Compromisso de Cessação pelo Cade em seu artigo 85, *in verbis*:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob

investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

Por seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução CNMP nº. 23, de 17 setembro de 2007, que dispõe normas gerais sobre o inquérito civil e prevê o compromisso de ajustamento no artigo 14, nestes termos:

Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

4. Tomadores Legitimados

4.1. Legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública

Como é cediço, a legitimidade para propor Ação Civil Pública ou Coletiva e para celebrar o Compromisso de Ajuste é concorrente e disjuntiva.

Concorrente porque o art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC formam um rol de colegitimados capazes de propor ações na defesa de interesses coletivos *lato sensu*, e conferem legitimidade aos órgãos públicos com vistas a celebrar o Compromisso de Ajustamento de Conduta, sem que exclua a possibilidade do substituído propor ação própria.

Disjuntiva em razão da desnecessidade atuação em litisconsórcio dos colegitimados, que podem, desta maneira, atuar isoladamente.

Ainda, o entendimento de um colegitimado não obsta a atuação do outro. Desse modo, se o Ministério Público arquivar um Inquérito Civil, nada impede que outro colegitimado ajuíze a ação que julgar necessária, entretanto o *Parquet* atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Ademais, quando tomado o compromisso, tido como garantia mínima, por um colegitimado, pode outro ajuizar ação civil pública, desde que haja interesse processual, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LEIS N. 8.625/93 E N. 7.347/83 - DANO AMBIENTAL - CERAMISTAS - EXTRAÇÃO DE BARRO - ALVARÁ - LICENCIAMENTO - PROJETO DE RECUPERAÇÃO HOMOLOGADO NO IBAMA - INTERESSE DO MP NO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE DISCUTE DANO AMBIENTAL E SUA EXTENSÃO - POSSIBILIDADE.

1 - É o Ministério Público parte legítima para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público, aí entendido os patrimônios histórico, paisagístico, cultural, urbanístico, ambiental etc., conceito amplo de interesse social que legitima a atuação do *parquet*.

2 - A referida legitimidade do Ministério Público para ajuizar tais ações é prevista *in satus assertionis*, ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante na inicial ("teoria da asserção").

3 - Ainda que exista acordo realizado no âmbito administrativo (IBAMA) com as empresas demandadas, resta o interesse de agir do Ministério Público na busca da comprovação da exata extensão dos danos e na reparação. Instâncias administrativa

e judicial que não se confundem, de modo a não gerar obstáculo algum para o exercício da jurisdição.

4 - Não viola o art. 535 do CPC, acórdão que adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, ainda que conclua contrariamente ao interesse do recorrente.

Recurso especial provido em parte, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o interesse de agir na ação civil pública. Determino a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para que prossiga no julgamento, enfrentando o mérito da questão como entender de direito. (REsp 265.300/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 02/10/2006, p. 247)

Os colegitimados à propositura da Ação Coletiva ou Civil Pública, como assinalado alhures, estão arrolados no art. 5º da LACP e no art. 82 do *Codex* Consumerista, que trasladamos:

A) na Lei nº. 7.347/85:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

B) no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Cumpra-se lembrar que ambos dispositivos são aplicáveis à tutela de todos os interesses transindividuais, face ao microsistema do processo

coletivo CDC/LACP, criado por força do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

4.2. Legitimados a Tomar o Compromisso

Em relação ao Compromisso de Ajustamento de Conduta, conforme estabelece o §6º do art. 5º da LACP os órgãos públicos legitimados[13] à propositura de ação civil pública ou coletiva podem o celebrar.

Destarte, vamos verificar a interpretação que devemos conferir à expressão “órgãos públicos” para fixarmos quais colegitimados à propositura de ação civil pública podem figurar como tomadores do compromisso de ajustamento.

4.3. Teoria do Órgão

Define-se órgão público, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[14], “como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado”.

Ainda, prevê o art. 1º, §2º, inciso I da Lei nº. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, *in verbis*:

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta.

Também conceitua Hely Lopes Meirelles que órgãos públicos:

São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental

ou administrativa, tem necessariamente *funções, cargos e agentes*, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica^[15] (destaques do autor).

O conceito atual de órgão público é lastreado na teoria do órgão, que assim ensina Hely Lopes Meirelles:

A teoria do órgão veio substituir as superadas *teoria do mandato e da representação*, pelas quais se pretendeu explicar como se atribuiriam ao Estado e às demais pessoas jurídicas públicas os atos das pessoas humanas que agissem em seu nome. Pela *teoria do mandato* considerava-se o agente como *representante* da pessoa, à semelhança do tutor e do curador dos incapazes. Mas como se pode conceber que o incapaz outorgue validamente a sua própria representação? Diante da imprestabilidade dessas suas concepções doutrinárias, Gierke formulou a *teoria do órgão*, segundo a qual as pessoas jurídicas expressam sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna. O órgão – sustentou Gierke – é parte do corpo da entidade e, assim, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade (Otto Gierke, *Die Genossenschaftstheorie in die deutsche Rechtsprechung*, Berlim, 1887).

A teoria do órgão, aqui formulada com base na doutrina citada em edições anteriores, parece-nos a mais condizente com a realidade nacional e que, em linhas gerais, coincide com a dos autores pátrios que cuidaram especificamente do assunto^[16] (destaques do autor).

Continua o ilustre professor:

Os *órgãos* integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os *órgãos* não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas). Como parte das entidades que integram, os *órgãos* são meros instrumentos de ação dessas pessoas jurídicas, preordenados ao desempenho das funções que lhes forem atribuídas pelas normas de sua constituição e funcionamento. Para a eficiente realização de suas funções cada *órgão* é investido de determinada competência, redistribuída entre seus cargos, com a correspondente parcela de poder necessária ao exercício funcional de seus agentes^[17].

Desse modo, mesmo que não possua personalidade jurídica própria, pode o *órgão* público celebrar o Termo de Ajuste, pois apresenta a pessoa jurídica como parte integrante desta, manifestando a sua vontade.

Todavia, se interpretarmos restritivamente os dispositivos legais algures transcritos apenas os entes da Administração Pública Direta poderiam figurar como tomadores do compromisso, tendo em vista que as fundações e empresas públicas, autarquias e sociedades de economia mista não se enquadram no conceito doutrinário de *órgão* público.

Nesse sentido, afirma Gianpaolo Poggio Smanio que: “Apenas os *órgãos* públicos estão legitimados a transacionar. As associações civis,

fundações, empresas públicas ou de economia mista não podem transacionar” [18].

Ainda, Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, sem aprofundar o tema, asseveram: “Entre os diversos legitimados para o ajuizamento de ações coletivas, o dispositivo é claro no sentido de que apenas os órgãos públicos poderão realizar termos de ajustamento de conduta” [19].

Compartilha da mesma interpretação restritiva Luís Paulo Sirvinskas ao asseverar que:

Além do Ministério Público, podem realizar o termo de ajustamento os órgãos públicos legitimados (União, Estados e Municípios). Portanto, não podem realizar o termo de ajustamento as associações civis, sociedades de economia mista, fundações ou empresas públicas[20].

No entanto, Hugo Nigro Mazzilli[21] sustenta relevante posição divergente que, com propriedade, estabelece quais colegitimados à propositura de Ação Civil Pública podem tomar o Compromisso de Ajuste.

Assim, seguindo os ensinamentos do festejado Jurista, dividimos os colegitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC em três categorias: a) dos que indiscutivelmente podem celebrar o TAC (Administração Pública Direta); b) os que não podem realizá-lo; e, c) daqueles em que há discussão doutrinária a respeito desta possibilidade (Administração Pública Indireta).

4.4. Entes da Administração Pública Direta

Os entes integrantes da Administração Pública Direta, compreendidos no conceito jurídico de “órgãos públicos”, que é o Estado em sentido amplo, indiscutivelmente podem tomar o compromisso. Inserem-se nesta categoria as pessoas jurídicas de direito interno ou de seus órgãos imediatos, quais sejam: a União, Estados, Municípios,

Distrito Federal, Ministério Público, Defensoria Pública e órgãos públicos, com ou sem personalidade jurídica, com destinação à defesa de interesses metaindividuais, *v.g.*, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

4.5. Entes que não podem tomar o compromisso

A doutrina amplamente majoritária exclui as pessoas jurídicas de direito privado não pertencentes à Administração Pública, *p.ex.* associações, sindicatos e fundações privadas, dos entes legitimados a tomarem o compromisso, tendo em vista que não se subsomem ao conceito de órgãos públicos.

Contudo, devemos indicar a posição de Fernando Grela Vieira[22] que sustenta a legitimidade das entidades associativas, quando houver pertinência temática, devendo a legitimidade ser verificada no caso concreto. Cumpre ressaltar que o doutrinador também sustenta ser indispensável a intervenção do Ministério Público na tomada do compromisso de ajustamento por outros entes colegitimados, sob pena de nulidade, em razão do dever constitucional do *Parquet* zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis[23]. Assim, aplicar-se-ia analogicamente o art. 5º, §1º e 6º da LACP *c/c* art. 84 do CPC, nos compromissos tomados por associações em que o Ministério Público participaria obrigatoriamente.

4.6. Entes da Administração Pública Indireta

Os entes pertencentes à Administração Pública Indireta[24] – autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas públicas e consórcios públicos[25] – merecem maiores explanações acerca da sua legitimidade.

Nesta categoria propõe Hugo Nigro Mazzilli a seguinte solução:

a) Quando se trate de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que integrem a

chamada administração indireta (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromisso de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais. Desta forma, p.ex., quando as empresas estatais ajam como *prestadoras ou exploradoras de serviço público*, em tese é aceitável também tomar compromissos de ajustamento;

b) Contudo, quando os órgãos estatais ajam na qualidade de *exploradores da atividade econômica*, não se admite possam tomar compromisso de ajustamento. Com efeito, a esses órgãos e empresas dos quais o Estado participa, quando concorram na atividade econômica em condições empresariais, não se lhes pode conceder a prerrogativa de tomar compromissos de ajustamento de conduta, sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado[26].

Por seu turno, Édis Milaré[27], seguindo o entendimento de José Emmanuel Burle Filho e Wallace Paiva Martins Júnior, também sustenta que a expressão “órgãos públicos” utilizada pela lei carece da melhor técnica legislativa, devendo, portanto, ser interpretada extensivamente de modo a abarcar todas as entidades inseridas na Administração Pública direta, indireta e fundacional, desde que desenvolvam atividades de interesse público. Contudo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ter previsão estatutária para tomarem compromissos de ajustamento afetos aos seus objetivos legais.

Nesse sentido, Ana Luiza de Andrade Nery preconiza:

Parece-nos que, para determinar os legitimados para a celebração do ajustamento, o legislador deu ênfase à característica de direito público dos órgãos,

o que nos remete ao entendimento de que, somente às entidades dotadas de caráter público seria dada autorização legal para firmar o ajustamento com o interessado.

Assim, em nosso entender, os órgãos que atuem na qualidade de entes estatais, buscando o interesse público, ainda que da chamada administração indireta, poderão entabular compromissos de ajustamento de conduta[28].

Ainda, seguem este posicionamento favorável às autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas que não exercem atividade econômica Fernando Reverendo Vidal Akaoui[29], Eurico Ferraresi[30], Motaui Ciocchetti de Souza[31] e Geisa de Assis Rodrigues[32], sendo que esta última reviu sua posição anterior, acrescentando ainda que as organizações sociais[33], regidas pela Lei nº. 9.637/98, também não são legitimadas à celebração do Ajuste, em razão da sua natureza privada e duvidosa constitucionalidade da norma legal; bem como sustenta a possibilidade dos Conselhos Profissionais poderem tomar o Compromisso, tendo em vista que a Lei nº. 9.649/98, que os qualificou como pessoas jurídicas de direito privado, teve sua eficácia suspensa por liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Há de se destacar que existem empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem poder de polícia, por exemplo, a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB, sociedade de economia mista, responsável pela expedição de licenças ambientais, conforme artigo 1º, do Decreto estadual nº. 47.400/2002, alterado pelo Decreto nº. 55.149/2009[34].

Vale apontar o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho[35] favorável à possibilidade de pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública Indireta, exercerem o poder de polícia na modalidade fiscalizatória, desde que a competência tenha sido delegada por lei e se restrinja a atos de natureza fiscalizatória, sendo, portanto, função executória e não inovadora/legiferante.

Impende ressaltar que a legitimidade da CETESB, como tomadora do compromisso, fora confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme acórdão proferido na Apelação nº. 0002943-45.2010.8.26.0129, que transcrevemos a ementa:

ATERRO SANITÁRIO. Obrigação de fazer e não fazer. Resíduos sólidos. Adequação e encerramento de aterro sanitário irregular. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta - TCAC. Execução. 1. Legitimidade ativa. A CETESB é parte legítima para executar as obrigações assumidas em TCAC por ela firmado. A CETESB é sociedade de economia mista controlada pelo Estado, com personalidade jurídica, patrimônio próprio e aptidão para litigar em juízo. Preliminar afastada. 2. Cerceamento de defesa. Ao juiz compete indeferir as provas inúteis, protelatórias e desnecessárias a teor do art. 130 do CPC. As partes concordaram com o julgamento antecipado da lide, não havendo falar em cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. 3. Falta de interesse processual. A cessação das atividades no aterro sanitário antigo não exime o município de cumprir as demais obrigações assumidas no TCAC. Não há falar em perda de objeto da execução. Preliminar afastada. 4. Solidariedade. Estado. A solidariedade decorre da lei ou do contrato. O Estado não firmou o termo de ajuste e não há lei que o obrigue a pagar as despesas de disposição dos resíduos sólidos do município, ou a arcar com a formação e manutenção do aterro sanitário. Alegação repelida. 5. Obrigação de fazer e não fazer. O município cumpriu apenas uma das obrigações assumidas no termo de ajustamento de conduta (proposta de solução definitiva para a destinação final dos resíduos sólidos domésticos e resíduos de serviços de saúde

gerados no município). As demais obrigações que compõem a cláusula 2.1.1 do TCAC não foram cumpridas. Improcedência dos embargos. Recurso do Município desprovido. (Ap. 0002943-45.2010.8.26.0129, Rel. Des. Torres de Carvalho, Órgão Julgador: Câmara Reservada ao Meio Ambiente, j. 29/03/2012)

5. Considerações Finais

O Compromisso de Ajustamento de Conduta revela-se um importante instrumento de proteção de interesses transindividuais, vez que constitui de forma rápida e eficaz título executivo extrajudicial, por meio da autocomposição da lide, evitando demorados processos judiciais de conhecimento.

A legislação pátria permite a ampla utilização do instrumento previsto no art. 5º, §6º, na defesa dos interesses metaindividuais, porquanto a Lei nº. 7.347/85 tutela qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 1º, inciso IV), além dos individuais homogêneos (art. 21 c/c art. 90 do CDC).

Em relação à legitimidade dos tomadores, entendemos que a expressão “órgãos públicos” merece ser interpretada de forma ampla, de modo a contemplar como tomadores todos os colegitimados à propositura de ação civil pública, pertencentes à Administração Pública Direta e Indireta, que não explorem atividade de econômica.

Desta feita, as autarquias (IBAMA) e fundações públicas (Fundação PROCON do Estado de São Paulo), bem como as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e/ou que exerçam poder de polícia (CETESB) podem figurar como tomadoras de compromisso de ajustamento de conduta.

Entretanto, diante das divergências apresentadas, deve o legislador, quando realizar modificações no processo civil coletivo^[36], substituir a expressão “órgãos públicos” para evidenciar a legitimidade dos entes da

Administração Pública Indireta ou, eventualmente, ampliar a legitimidade aos entes associativos, podendo, neste caso, obrigar a intervenção do Ministério Público ou condicionar a eficácia do título executivo extrajudicial à apreciação do *Parquet* ou da Administração Pública, sem olvidar da necessária publicidade que se deve conferir ao compromisso de ajustamento.

BIBLIOGRAFIA

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V., et al. *Manual de direito do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe et al. *Manual de direito do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Manual de direito do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY Jr., Néelson *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

____, *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

____, *Código civil comentado*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

____, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, André Luiz Batista. *Compromisso de ajustamento de conduta ante o Ministério Público do Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1269>>. Acesso em: 2 maio 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC*. Revista de direitos difusos IBAP, ano XI, vol. 52, São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIRVINSKAS Luís Paulo, *Manual de direito ambiental*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Fernando Grella. *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de*

Conduta. Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos. MILARÉ, Édis (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NOTAS:

(*) Procurador do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional pela PUCSP/COGEAE.

[1] Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

[2] *in* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. pp. 1020-1022

[3] “Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

[4] Com a edição do CDC também se acrescentou ao art. 1º da LACP o inciso IV, ampliando o cabimento da ação civil pública “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

[5] Posto que o art. 82, §3º do CDC, que previa o Ajustamento para interesses transindividuais do consumidor fora vetado, mas em razão da criação do microsistema CDC/LACP este veto tornou-se ineficaz.

[6] Confira-se art. 90 do CDC e art. 21 da LACP, que determinam a aplicação conjunta da parte processual de ambos os diplomas.

[7] Confira-se Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19.ed., p.360.

[8] Advertindo que “O §6º foi acrescentado pelo art. 113 do CDC. Este §6º, bem como o §5º, foram vetados (v. DOU 12.9.90, supl., p.11), mas, por engano, a publicação oficial do CDC não os suprimiu.

Ora, projeto de lei, vetado, não é lei; e o art. 585-VII do CPC é expresso em declarar que só é título executivo extrajudicial aquele “a que, por disposição expressa, a lei atribui força executiva”. Logo, como não existe lei, porque a disposição do §6º foi vetada, também não é possível falar, neste caso, em título executivo”. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 36 ed., p. 1071, nota art. 5º: 9.

[9] *Apud* André Luiz Batista Neves, *Compromisso de ajustamento de conduta ante o Ministério Público do Trabalho*, Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998.

[10] “O veto presidencial entendeu ‘juridicamente imprópria a equiparação de compromisso administrativo a título executivo extrajudicial. É que, no caso, o objetivo do compromisso é a cessação ou a prática de determinada conduta, e não a entrega de coisa certa ou pagamento de quantia fixada’.

O argumento usado no veto foi fraco: nada teria impedido que a lei erigisse a título executivo extrajudicial um ato administrativo, como o faz com a certidão de dívida ativa da Fazenda, nem teria impedido que, a partir de um ato negocial, criasse títulos extrajudiciais de obrigação de fazer. Poderia, sim, ter sido objetada na época a possível inconveniência de tornar título executivo mero compromisso de ajustamento de conduta fundado em obrigação extrajudicial de fazer, ilíquida por essência.

Mas não foi essa a objeção lançada no veto, e sim a de que seria impróprio equiparar um compromisso de administrativo a título executivo extrajudicial. Ora, se a Administração pode criar títulos executivos extrajudiciais não consensuais (como a certidão de dívida ativa), com maior razão poderia fazê-lo sob forma consensual, por meio de um compromisso de ajustamento de conduta.

Nada impedia, tecnicamente, que um compromisso de ajustamento de conduta fosse erigido pela lei à condição de título executivo extrajudicial, pois: a) pouco antes da sanção do CDC, o art. 211, do ECA, que vige sem qualquer contestação há mais de uma década, permitiu o ajustamento de conduta em matéria de interesses ligados à proteção às crianças e aos adolescentes, tendo esse dispositivo sido sancionado pelo mesmo Presidente da

República que lançou veto a dispositivo idêntico do CDC; b) apenas alguns anos depois do advento do CDC, a Lei n. 8.953/94 veio a alterar todo o sistema do Cód. de Processo Civil, justamente para também viabilizar a execução de obrigação de fazer fundada em título executivo extrajudicial; c) por sua vez, o art. 585, II, do Cód. de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.953/94, conferiu a qualidade de título executivo extrajudicial ao instrumento de transação referendado pelo Ministério Público (que, como órgão público legitimado à ação civil pública ou coletiva, está relacionado pela lei entre aqueles que podem tomar compromisso de ajustamento de conduta); d) o art. 876, da CLT, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.958/00, permitiu a celebração de termos de ajuste de conduta firmados pelo Ministério Público do Trabalho, conferindo-lhes o efeito de ensejar execução; e) em caso de dano ao meio ambiente, a Med. Prov. n. 2.163-41/01 acrescentou o art. 79-A à Lei n. 9.605/98, permitindo que órgãos ambientais celebrem termos de compromisso de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas, assegurada a força de títulos executivos extrajudiciais.” *Op. Cit.*, pp. 360-361.

[11] “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. VIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, §6º, DA LEI N. 7.347/1985.

1. Encontra-se em plena vigência o § 6º do art. 5º da Lei n.7.347/1985, de forma que o descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público viabiliza a execução da multa nele prevista.

2. A Mensagem n. 664/90, do Presidente da República – a qual vetou parcialmente o Código de Defesa do Consumidor –, ao tratar do veto aos arts. 82, § 3º, e 92, parágrafo único, fez referência ao art. 113, mas não o vetou, razão por que esse dispositivo é aplicável à tutela dos interesses e direitos do consumidor.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (REsp 443407 / SP, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, T2, Data do Julgamento 16/03/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 25.04.2006); no mesmo sentido, veja-se REsp 440205 / SP, REsp 222582 / MG e REsp 213947 / MG.

[12] Como ensina Kazuo Watanabe, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., p.833: “O veto ao §3º do art. 82 é de todo incompreensível. O que dispunha o texto vetado é que o compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, ‘mediante cominações’, que seriam com maior frequência sob a forma de pagamento em dinheiro, configuraria um título executivo extrajudicial. O Código é uma lei federal, do mesmo nível que o estatuto processual, de sorte que poderia muito bem criar um novo tipo de título executivo extrajudicial além dos elencados no art. 585 do Código de Processo Civil. E o compromisso de pagar certa quantia em dinheiro, a título de cominação, nada tem de incompatível com o título executivo extrajudicial.

Demais, o veto é de todo inócuo pelas mesmas razões alinhadas no item anterior. É que o art. 113, das ‘Disposições Finais’ do Código, acrescentou o §6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/85, que tem a mesma redação do texto vetado (...). E esse dispositivo não foi vetado! Assim, pela perfeita interação entre o Código e a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85), nos termos dos arts. 90, 110, 111 e 117 daquele diploma legal, também o referido §6º do art. 5º da Lei nº. 7.347/85 é aplicável na tutela dos interesses e direitos dos consumidores.”

[13] Pelo art. 5º da LACP e art. 82 do CDC..

[14] *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 648.

[15] *in Direito administrativo brasileiro*, 33. ed., p. 67

[16] *Ibidem*.

[17] *Op.cit.*, p.68.

[18] *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 38.

[19] *Manual de direito do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 460.

[20] *Manual de direito ambiental*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 655.

[21] *Interesses...*, pp. 363-365.

[22] *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta. Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. MILARÉ, Édis (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 271.

[23] *Ob. Cit.*, p. 290.

[24] Ver art. 4º, inciso II, do Decreto-lei nº. 200/1967.

[25] Ver art. 6º, I e II e §1º, da lei nº. 11.107/2005.

[26] *Op.cit.*, p.365.

[27] *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1383-1384.

[28] *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 177-178.

[29] *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 71-74.

[30] *Inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 79-80.

[31] *Ação civil pública e inquérito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

[32] *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.162-176.

[33] Na acepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro organizações sociais “são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão”, *Direito*

Administrativo, 13. ed., p.410. Para uma abordagem mais profunda a respeito das organizações sociais, veja-se Sílvia Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro Setor*, pp. 95-192.

[34] Artigo 1º - A CETESB - Companhia Ambiental do Estado de São Paulo expedirá as seguintes modalidades de licenças ambientais:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação.

[35] *Manual de direito administrativo*. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 86-87.

[36] Destacamos que o art. 48 do arquivado Projeto de Lei nº. 5.139/09, que pretendia substituir a lei de ação civil pública, utilizava a expressão “órgãos públicos”, mantendo as discussões ora expostas.

A SEGURANÇA CIDADÃ E A GARANTIA DO POLICIAMENTO PREVENTIVO PELAS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS: GUAPIMIRIM. UM PROJETO MODELO PARA O FUTURO

WILLIAM SERGIO ANTUNES DE CAMPOS: Bacharel em Gestão Pública para o Desenvolvimento Econômico e Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ. Agente da GMRIO-Guarda Municipal da cidade do Rio de Janeiro.

RESUMO: O debate que se inicia com a promulgação da Constituição Federal de 1988 acerca da previsão genérica da proteção dos bens, serviços e instalações referentes à atuação das guardas civis municipais, no âmbito dos municípios brasileiros, ganha projeção no decorrer das décadas seguintes e culmina com a promulgação da lei federal 13.022 de 2014 que regulamenta o estatuto geral das guardas municipais e dá um novo dimensionamento e status a corporação no exercício do policiamento preventivo e proteção do cidadão. Impulsionado pelas mudanças de paradigmas da segurança pública e a tentativa da consolidação da segurança cidadã, os municípios ganham extrema importância na visão de que atualmente as políticas de segurança devem ser articuladas com outras áreas da prestação do serviço público municipal.

Palavras-chave: Segurança pública. Policiamento preventivo. Guarda Civil Municipal.

INTRODUÇÃO

É notável o momento que a segurança pública está passando. Período esse que compreende transformações e quebra de paradigmas, especialmente no tocante a participação efetiva dos municípios através da atuação das Guardas Civis Municipais. Debate que vai além da perspectiva reducionista de proteger apenas os “bens, serviços e instalações”, como se preferiu generalizar nos últimos anos especialmente no Rio de Janeiro, e avançou para o controle da violência e redução da criminalidade em suas respectivas áreas de atuação. Há

alguns anos, principalmente pelos esforços da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), Se procura consolidar o paradigma da Segurança Cidadã, um conceito que segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) “aborda a promoção da segurança a partir de fatores sociais, culturais, econômicos, institucionais, familiares, pessoais e globais” (PNUD, 2011). Uma das vantagens desse conceito de segurança é percebermos a importância da atuação do município em seus diversos segmentos na garantia de uma melhor qualidade de vida para seus munícipes. Esse conceito posto em prática oferece a possibilidade de enfrentamento dos aspectos multicausais da violência e potencializa os vários aspectos que envolvem o gerenciamento mais democrático das políticas de segurança local. Favorece a criação de um vínculo entre sua força policial— a Guarda Civil Municipal—, os serviços de educação, das políticas sociais e culturais, de lazer e a comunidade promovendo um compartilhamento nas ações de segurança entre o poder público e a sociedade civil.

A Carta Magna de 1988 realçou a importância dos municípios na composição do sistema de segurança pública, no entanto a depender do estado da federação essa participação é concebida de forma extremamente assimétrica no que diz respeito ao controle da criminalidade e da violência, principalmente nos grandes centros urbanos das cidades, porém a prática tem mostrado que a segurança cidadã nos municípios que se voltam para ações mais complexas de controle da violência e que utilizam as guardas civis municipais no policiamento preventivo tem se mostrado promissores e revelado a importância dessas corporações em diversas cidades brasileiras. Destarte, muitos municípios começam a repensar seus projetos de utilização das guardas, entre eles a cidade de Guapimirim, que inicia um projeto modelo e inovador de reestruturação da sua Guarda Civil Municipal após criação da Secretaria de Segurança, Ordem Pública e Defesa Civil.

Nesse contexto nasce a importância de se dialogar sobre a segurança cidadã e a garantia do policiamento preventivo exercido pelas Guardas Civis Municipais e sua contribuição para redução da

criminalidade nas cidades brasileiras e também criticar a resistência por parte de gestores municipais no Estado do Rio de Janeiro a tal mudança cultural de emprego dessas corporações na segurança pública. Há uma rica contribuição teórica existente e relevante interesse na análise deste tema que não se esgota, pois está ligado diretamente a diminuição da sensação de insegurança que permeia os sentimentos do cidadão de bem.

A originalidade do tema laborado nesse Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) é alcançada na revisitação de bibliografias que versam sobre o policiamento preventivo exercido pelas guardas no contexto de uma segurança cidadã que envolve um sistema integrado de serviços públicos oferecidos pelo município, além do uso da corporação no controle da violência e da criminalidade, promovendo a proteção dos munícipes. A pesquisa trabalhada nesse ensaio se dirige principalmente aos poderes constituídos na esfera da União, dos Estados e dos Municípios e órgãos do chamado terceiro setor, pois estes no contexto democrático também exercem influencia nas políticas de segurança pública local.

Desse modo o presente artigo visa analisar e compreender as questões relacionadas ao exercício do policiamento preventivo pelas Guardas Civis Municipais na segurança local e sua eficiência no controle da criminalidade e proteção do cidadão. Pretende discorrer sobre questões jurídicas, políticas e sociais que estão imbricadas nos argumentos dos debates atuais sobre a temática.

Por excelência a modalidade de pesquisa empregada neste trabalho foi a pesquisa teórica e explicativa, pois registramos e analisamos as fontes bibliográficas utilizadas, buscando as causas através da interpretação possibilitada pelo uso dos métodos. O método científico de abordagem que utilizamos no artigo foi o dedutivo, pois realizamos um raciocínio decrescente, ou seja, do conhecimento geral para o caso particular nos diversos segmentos que o tema possibilitou-nos analisar. Utilizamos os métodos de procedimento histórico e etnográfico principalmente, já que o tema carregou uma infinidade de processos que

ocorreram no contexto microsocial, principalmente quando levamos em conta a especificidade dos municípios e sua incumbência na segurança pública e a amplitude do conceito de policiamento preventivo.

Utilizamos como procedimento técnico a pesquisa bibliográfica e documental por excelência, pois se realizou a partir de registros disponíveis em suas diversas fontes e não foi descartada a utilização de outros procedimentos necessários para melhor esclarecer determinado assunto analisado e também de fontes que ainda não tinham sido tratadas analiticamente. Optamos por fontes de livros, dissertações, artigos científicos publicados, jornais e revistas, tanto em sua forma impressa como a digital.

Este artigo procurou realizar a compreensão e arranjos do tema que visaram ao final do trabalho responder a pergunta: uma melhor compreensão do conceito de policiamento preventivo podem tornar as guardas civis o futuro da segurança cidadã?

Com intuito de responder a essa questão o presente escrito se desenvolve em argumentos construtivos em sessões, além da introdução e da conclusão final.

Na introdução procuramos trabalhar uma contextualização dos pontos que fizeram parte da construção desse artigo como os objetivos pretendidos com a pesquisa, a metodologia utilizada, a pergunta problema, além de iniciar o leitor no universo de leitura deste trabalho de conclusão de curso.

Nas sessões seguintes explanamos a contextualização da segurança cidadã e do policiamento preventivo exercido pelas guardas civis municipais para então apresentarmos o projeto de segurança pública para a cidade de Guapimirim ao qual fomos convidado para somar conhecimento.

Nas considerações finais realizamos uma exposição sintetizada dos conteúdos abordados ao longo do artigo e procuramos avaliar algumas pretensões visadas com pesquisa que originou esse escrito.

2. A SEGURANÇA CIDADÃ CONTEXTUALIZADA

É notável o momento que a segurança pública está passando. Período esse que compreende transformações e quebra de paradigmas, especialmente no tocante a participação efetiva dos municípios através da atuação das Guardas Civis Municipais. Debate que vai além da perspectiva reducionista de proteger apenas os “bens, serviços e instalações”, como se preferiu generalizar nos últimos anos especialmente no Rio de Janeiro, e avançou para o controle da violência e redução da criminalidade em suas respectivas áreas de atuação.

A Carta Magna de 1988 realçou a importância dos municípios na composição do sistema de segurança pública, no entanto a depender do Estado da federação essa participação é concebida de forma extremamente assimétrica no que diz respeito ao controle da criminalidade e da violência, principalmente nos grandes centros urbanos das cidades, porém a prática tem mostrado que a segurança cidadã nos municípios que se voltam para ações mais complexas de controle da violência e que utilizam as guardas civis municipais no policiamento preventivo tem se mostrado promissoras e revelado a importância dessas corporações em diversos municípios brasileiros.

Essa mudança de foco na prática do exercício funcional das guardas civis é muito bem representada e nos conceitos que representam os períodos do modelo de segurança utilizado no Brasil e que são bem descritos pela a autora Moema Dutra Freire, quando esta traça três fases distintas da segurança, onde cada uma representa um paradigma: A Segurança Nacional, a Segurança Pública e a Segurança Cidadã. Logo, se faz necessário definirmos o conceito de paradigma, antes de adentrarmos propriamente nessas fases distintas da, podemos generalizar, segurança pública nacional. Então o que é um paradigma?

Segundo Thomas Kuhn, os “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1991, p. 13). Os paradigmas, nesse sentido, são modelos, padrões a serem seguidos até que sejam

superados por novas tendências e conjuntos de valores, cultura e outros conceitos predominantes.

O período da Segurança Nacional é o período que se deu na época da ditadura militar (1964-1985). O regime de exceção caracterizava o combate às manifestações contra a ordem política e social e se tornou um período-chave para os estudos na área de segurança pública.

A segurança pública exercida pelo Brasil tem sua caracterização inicial a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois, como sabemos, a CF/88 ampara, em seu Artigo 144, as diretrizes legais para a condução das instituições de segurança pelos entes federativos, bem como versa sobre os órgãos que devem compor esse sistema.

No entanto, além das prescrições legais, o paradigma da segurança pública brasileira é caracterizado por uma série de concepções enraizadas e tradições históricas na manutenção da segurança e ordem pública, conflitos sociais marcados de forma distinta e contundente, grande preocupação governamental no combate ao tráfico de armas e drogas e a criminalidade em todas as suas formas, e uma série de atributos diferentes do período anterior.

Essa passagem é muito bem exposta pelo autor William Campos da seguinte forma:

A LSN representou o modelo tradicional da segurança pública que perdurou desde a independência do Brasil. Podemos marcar o período de transição dos modelos se considerarmos os textos constitucionais de duas Constituições Federais: a de 1967 e a de 1988. As mudanças foram significativas e representou também uma forma diferente de pensar a segurança pública. (CAMPOS, 2013, p. 26)

e ainda completa:

A Constituição Federal de 1988 ao descrever em seu capítulo III, art. 144, *caput*: “A segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” marca o período de transição do *modelo tradicional de segurança pública* para o *modelo de segurança pública cidadã*, caracterizada pela *gestão integrada da segurança pública*, onde a ênfase na atuação policial está no respeito aos Direitos Humanos e a participação cidadã é uma importante ferramenta na construção de uma nova relação polícia- sociedade. (CAMPOS, 2013, p. 26)

Mais recentemente temos a noção de “segurança cidadã”. O paradigma da segurança cidadã passou a ser discutido na maioria dos países latinos a partir dos anos 2000. Tendo em vista os infindáveis conflitos advindos dos modelos anteriores, os gestores notaram a eminente necessidade de passar a discutir a segurança através de uma nova ótica, que se adequasse às demandas sociais emergentes.

De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a segurança cidadã trata da ordem cidadã democrática que elimina as ameaças de violência na população e permite a convivência segura e pacífica a partir de duas dimensões: proteção da vida (das ameaças, da violência) e proteção/prevenção das vulnerabilidades dos autores e vítimas.

A segurança cidadã propõe uma gestão articulada, com políticas de repressão e prevenção qualificada visando reduzir a incidência de crimes propondo de forma pontual e efetiva através de diálogo e cooperação interinstitucional e participação social o melhor meio de gerir questões relacionadas à proteção dos direitos e garantias do cidadão. É nessa noção de segurança cidadã que emerge a importância da responsabilidade dos municípios em promover de forma compartilhada também o controle da violência e da criminalidade no

cenário da segurança pública atual que se vislumbra, e com isso também cresce e se acirra o debate sobre a utilização das Guardas Municipais e sua efetiva participação nesse cenário.

O conceito de Segurança Cidadã tem sua origem a partir do conceito de segurança humana desenvolvido pela Organização das Nações Unidas (ONU) e foi sendo reforçado ao longo dos anos seguintes.

Em 1994, a Organização das Nações Unidas (ONU) defendeu pela primeira vez o conceito de segurança humana, o qual se encontra inserido no paradigma do 'desenvolvimento humano sustentável' esboçado pela mesma organização no princípio da década de 1990. As mudanças que começam a se apresentar no mundo na década de 1980 e o fim da Guerra Fria permitiram que os cidadãos do mundo questionassem a si mesmos acerca do que, até então, entendiam por desenvolvimento. A partir desse momento, o conceito de **desenvolvimento humano** começou a ser entendido como 'o processo de expansão das capacidades das pessoas as quais vêm ampliadas suas opções e oportunidades', o que explicitou que 'as pessoas são a verdadeira riqueza de uma nação'. (VELASQUEZ, 2004, p. 181)

Dessa forma, a segurança cidadã objetiva cuidar do ser humano promovendo o controle na esfera da prevenção, sempre procurando a integração e compartilhamento de informações entre as instituições policiais responsáveis pela segurança pública.

Dessa noção de definirmos as fases as quais a segurança transitou é importante pontuarmos a própria evolução do exercício funcional das Guardas Civis Municipais no cenário do sistema de segurança pública instituído no art. 144 da CF/1988.

2.1 AS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AO CIDADÃO.

A partir da previsão na Constituição Federal de 1988 em seu §8º, art. 144 para que os municípios optantes criassem suas Guardas Civis Municipais, acirrou-se o debate sobre as reais funções das guardas municipais nesse sistema de segurança pública criado pela Carta Magna brasileira, especialmente pelo que significaria “proteger bens, serviços e instalações” para o que hoje conhecemos como competências gerais previstas no art. 4º da lei federal 13.022/14.

Várias unidades federativas entenderam a generalidade desse conceito de formas diferentes e/ou ambíguas. Algumas não se prenderam ao conceito reducionista dos termos e instituíram guardas civis municipais voltadas para um foco totalmente diferente do que em outros lugares o fizeram. Uma instituíram guardas voltadas para o controle da criminalidade e violência, enquanto outras voltaram suas corporações para a defesa apenas dos próprios municipais.

Juridicamente, esforços foram feitos, especialmente no âmbito federal através da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) para garantir as guardas o pleno exercício do policiamento preventivo, ou seja, o exercício da proteção ao cidadão, adequando suas funções para essa finalidade. Porém essas questões foram além do jurídico, e também esbarrou na problemática da variação na concepção dessas corporações, principalmente no período anterior a promulgação da lei federal nº 13.022 de 08 de agosto de 2014, fatos esses denominados de “aspectos sociocultural- regionais”:

O aspecto social é consequência da atuação diferenciada a depender da região por percepções diferenciadas acerca de um fator relevante. (...) O aumento dos homicídios é um fator que altera a percepção quanto à contribuição que as guardas municipais podem oferecer a sociedade e reforça a perspectiva de uma atuação mais eficaz dessas corporações. (...) O aspecto cultural da inserção da

Guarda Municipal na segurança pública é aquela que tem por consideração elementos característico quando do fato de uma cultura iniciada nos primórdios da criação dessas corporações. Por exemplo, como nos municípios do Estado de São Paulo, que conforme observação nos dados apresentados concentra a maior porcentagem de guardas municipais armadas do Brasil, com 33,8% chegando ao percentual de 47,9% se considerados somente a proporção dos municípios que possuem Guarda Municipal. A Guarda Civil Metropolitana já foi criada em 1986 utilizando armamento que eram emprestadas pelo Exército brasileiro. Diferentemente, no Rio de Janeiro não temos essa cultura armamentista nas GMs. (...) Os aspectos regionais da inserção das GMs no sistema são aqueles considerados quanto à peculiaridade de cada região na interpretação e avaliação de fatores atrelados às funções que devem ser exercidas por estas. A depender da região, funções distorcidas pelas necessidades locais. Por exemplo, a Guarda Municipal de Aracaju tem como uma das missões 'coordenar e exercer atividades de policiamento, fiscalização e vigilância ao meio ambiente, bem como os objetos e áreas que integram o patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico local'. (CAMPOS, 2013, p. 52)

Nessa linha argumentativa é fácil compreender a necessidade que se delineou nos últimos anos e a tentativa de se trabalhar uma nova visão nas políticas de segurança pública local, adequando essas instituições para o exercício de suas funções, principalmente no contexto do conceito de Segurança Cidadã que começa a substituir a ideia de segurança pública nos últimos anos.

Com a necessidade criada na prática pelo avanço da criminalidade em todo território brasileiro, institui-se no país um tipo de, segundo Luiz Eduardo Soares, “vácuo legal”, que as Guardas Civis foram se inserindo e descobrindo essas lacunas criadas no atual sistema de segurança, consolidando-se como uma opção efetiva de proteção do cidadão nas cidades brasileiras, buscando se legitimarem em sua história recente, em sua grande maioria, ideia defendida por William Sérgio Antunes de Campos:

(...) As Guardas Municipais devem se legitimar na história que está sendo construída nesses aproximados vinte e cinco, trinta anos, a considerar a data de criação de algumas corporações. Essa história deve ser construída na sua prática, assim como foram construídas a história de outras instituições, a vantagem está no contexto. As Guardas Municipais devem aproveitar essa vantagem histórica de surgirem no âmbito do Estado Democrático de Direito. (CAMPOS, 2013, p. 32)

Com essa inserção mais efetiva no controle da violência e da criminalidade que foi se desenhando nos anos seguintes, os debates sobre o exercício do policiamento pelas Guardas Civis no exercício de suas atividades também foram se identificando e gerando dúvidas, especialmente quando confundida e até generalizada com outra atividade intrínseca à atividade policial: o patrulhamento.

2.2 AS GUARDAS MUNICIPAIS E A GARANTIA DO POLICIAMENTO PREVENTIVO

Compreendendo essas disparidades nos diversos municípios brasileiros, especialmente por iniciativa do governo federal através da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), várias ações vieram sendo executadas por meio dos diversos programas de segurança pública para que as guardas civis contribuíssem de forma mais efetiva no sistema de segurança pública. Essas medidas contemplaram tanto a base jurídica

para garantia de atuação dessas corporações, como as bases financeiras para aquisição de tecnologias e suprimentos para manutenção do serviço policial por estas instituições, especialmente através do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI).

Todos os esforços culminam na promulgação da lei federal 13.022/2014 que regulamenta o ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS, dispositivo legal que procura dá forma e estrutura a essas corporações voltando-as para o exercício do POLICIAMENTO preventivo em consonância com o § 7º, do art. 144 da CF/88: *“A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”*.

Acerca da lei 13.022/2014 devemos ter em mente a abrangência desse dispositivo que trabalha normas para dotar as Guardas Civis Municipais das prerrogativas que são inerentes às instituições voltadas para o exercício da proteção do cidadão. Isso fica bem claro quando da leitura do art. 3º do capítulo II, da referida lei em seus princípios:

(...) Art. 3º São princípios mínimos de atuação das guardas municipais:

I - proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas;

II - preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas;

III - patrulhamento preventivo;

IV - compromisso com a evolução social da comunidade; e

V - uso progressivo da força.

Desse modo, de forma clara ou subliminar, o foco ao controle da violência e criminalidade é consolidado na definição de dois termos distintos: o patrulhamento e o policiamento que definem em seus conceitos o foco de atuação da Guarda Civil Municipal. POLICIAMENTO

OU PATRULHAMENTO? Qual a diferença entre esses termos muito utilizados na segurança pública?

Essas expressões estão intrinsecamente ligadas ao enunciado do caput do art. 144 da CF/88 “*A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos (...)”, na ideia que os órgãos de segurança pública devem atuar na proteção dos próprios municipais e/ou na proteção das pessoas. Essa diferença é expressa da seguinte forma:*

O termo *policimento* nos remete a ideia de uma atuação mais abrangente na segurança pública que envolve a incidência de um poder sobre as pessoas. O “ato ou efeito de policial”^[1] pressupõe além da *vigia e guarda*, por exemplo, *civilizar*. Logo, só se civiliza pessoas. Em contrapartida, o *patrulhamento*^[2] pressupõe a “guarda e vigia com patrulhas, rondas”. Esses conceitos nos revelam o caráter amplo e específico das funções exercidas pelos órgãos componentes do sistema de segurança pública. Revela que estes podem atuar em duas modalidades de prestação de serviço na segurança, ou seja, a proteção do patrimônio e das pessoas. (CAMPOS, 2013, p. 57)

Na definição desses termos podemos delinear a mudança que o Estatuto Geral das Guardas Municipais provocou nos questionamentos acerca do real poder de polícia que deveria ser exercidos pelas Guardas Civis Municipais. Se havia dúvidas quanto ao emprego da fiscalização em ações que envolviam a revista pessoal prevista no Código de Processo Penal e não apenas as relacionadas aos bens, serviços e instalações, a lei 13.022/2014 dirimiu-a ao prever no seu art. 5º e seus incisos as *competências específicas* das guardas municipais, em especial o seu inciso III, que entre outras são:

I - zelar pelos bens, equipamentos e prédios públicos do Município;

II - prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais;

III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, *para a proteção sistêmica da população* que utiliza os bens, serviços e instalações municipais; (...)

Desse modo hoje podemos e devemos utilizar a expressão policiamento preventivo para definirmos a atuação mais efetiva das Guardas Civis Municipais nas ações próprias de segurança pública, ou seja, no controle da violência e da criminalidade e na proteção sistêmica de seus municípios, armadas com diversas tecnologias e dotadas de uma base jurídica interna forte. Exercendo com propriedade o poder de polícia preventivo de segurança pública e por excelência o poder de polícia administrativo no âmbito de suas competências. É legal e legítimo e podemos qualificar e preparar a Guarda Civil Municipal, dotando-a de meios operacionais e logísticos para o exercício dessas atribuições.

2.3 GUAPIMIRIM: UM PROJETO MODELO PARA O FUTURO

Atualmente a formulação e implementação das políticas de segurança pública, ou como preferimos nos referir segurança cidadã, em nível local, devemos ter sempre em mente as questões relativas aos primórdios do policiamento comunitário que ganhou força na década de 1980 nos EUA. Ao discorrermos acerca do policiamento preventivo atualmente devemos nos remeter a referida ideia. Acerca disso, expressa James L. Heskett:

O conceito de policiamento comunitário começou a varrer os departamentos de polícia dos EUA no final dos anos 80. De acordo com esse conceito, policiais individuais, frequentemente os

membros mais jovens da força, eram encorajados a passar mais tempo na vizinhança, manter maior visibilidade, ganhar a confiança dos moradores da vizinhança e coletar informações que poderiam ajudar a impedir o crime. Independente disso, unidades especializadas treinadas para atender a tipos específicos de crimes, especialmente aqueles relacionados às drogas, continuavam a existir. Isso refletia o medo de que os próprios policiais de patrulha poderiam ser tentados a se envolver em atividades criminosas, tais como o tráfico de drogas. De forma geral, as iniciativas de policiamento comunitário criaram uma tensão entre as estratégias de distribuição de pessoal desenhadas para oferecer visibilidade máxima de policiais e aquelas feitas para cuidar das áreas de maior criminalidade. (HESKETT, 1999, p. 02)

Essas estratégias refletem muito a situação que encontramos no cenário da segurança pública em diversas cidades brasileiras. Com a regulamentação e especificação normativa das atividades instituídas pelo Estatuto Geral das Guardas Municipais e estando por terminar o prazo previsto de 02 (dois) anos para essas corporações se adequarem e concorrentemente estarmos em período de eleições municipais em 2016, se inicia uma verdadeira enxurrada de propostas de campanha visando explorar ao máximo o caos implantado na segurança pública no Rio de Janeiro, reacendendo a chama da discussão da participação municipal nas políticas de segurança e controle da violência e da criminalidade. Vários candidatos, tanto ao executivo municipal, quanto ao legislativo, trabalharam suas respectivas plataformas de governo das mais variadas formas observando a problemática crescente da violência urbana.

Passado o período das eleições, iniciou-se em vários municípios o período de transição entre os governos e pudemos observar a composição das respectivas equipes que iriam compor a parte técnica da

execução do todo o projeto visualizado na plataforma de campanha dos diversos candidatos.

Em Guapimirim, cidade pertencente à região metropolitana do estado do Rio de Janeiro, o grande vencedor ao cargo majoritário, o agora Prefeito Municipal Jocelito Pereira de Oliveira, o Zelito Tringuelê, também inicia a composição do seu secretariado. Foi escolhido para chefiar a futura Secretaria de Segurança, Ordem Pública e Defesa Civil, em consonância com o idealizador do Projeto de Segurança para a cidade, o Vereador Pitter Silva, agora Presidente da Câmara Municipal, o também policial civil de carreira, Leonardo Rodrigues. Nas próprias palavras do Vereador “não podemos conceber uma guarda ineficiente e subutilizada em meio à crise na segurança pública que se instaurou em nosso estado” (SILVA, 2016).

Com essa escolha fomos convidados a participar do Projeto de Segurança para a Cidade de Guapimirim para exercermos o cargo, da também a ser criada, Corregedoria Geral da Secretaria de Segurança, Ordem Pública e Defesa Civil. A partir de então estávamos completamente envolvidos com todas as ações que foram sendo tomadas ao longo do tempo de trabalho no período de transição até a posse do chefe do executivo e do legislativo municipal.

No entanto, acreditamos importar, antes de discorrermos sobre o projeto, realizar uma caracterização do município de Guapimirim. De acordo com o estudo socioeconômico do Tribunal de contas do Estado do RJ[3], o referido município tem uma área total de 361,9 quilômetros quadrados, que corresponde a 7,7% da área da região metropolitana. “o principal acesso rodoviário a Guapimirim é pela BR-116, que liga a Magé, a sudoeste, e a Teresópolis, ao norte. A RJ- 122 permite alcançar Cachoeira de Macacu, a leste. A BR- 493 atravessa a região sul do município, na ligação entre Magé e Itaboraí” (TCE, 2012, p. 9)

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e estatística (IBGE), em 2016 a população estimada da cidade girou em torno de 57. 105 habitantes[4].

Realizada essa breve descrição das características do município, que será importante na abordagem de certos assuntos, começaremos a narrativa das ações do projeto de segurança para a cidade de Guapimirim.

Ao aceitarmos o desafio de compor a equipe que iria planejar a execução do projeto, tínhamos a ideia da dificuldade que teríamos para, principalmente, implantar uma cultura de valorização e rompermos com o pensamento vigente, especialmente no Rio de Janeiro, de possuímos uma Guarda Civil voltada para o policiamento preventivo e proteção do cidadão. O primeiro fato que observamos, foi quanto ao tempo que levaria a adequação, para que pudéssemos planejar as ações em curto, médio e longo prazo.

A partir dessa previsão traçamos o quê seria primordial para começarmos os trabalhos, e decidimos que no primeiro momento o mais importante seria dotar a nossa gestão de uma base jurídica bem formulada e criarmos mecanismos de valorização e empoderamento, além de um controle rigoroso dos servidores e das coordenadorias subordinadas à Secretaria de Segurança, Ordem Pública e Defesa Civil, além da própria reformulação da estrutura que iria compor a secretaria, sempre traçando a linha do trabalho preventivo.

Na estrutura da secretaria de segurança trouxemos quase todo o poder de fiscalização da prefeitura de Guapimirim. Trouxemos a Coordenadoria de Vigias Patrimoniais, a Fiscalização de Posturas, a Defesa Civil e o comando da Guarda Civil Municipal, que passou a se denominar posteriormente chefia da Guarda Civil Municipal. Além desses, foram criados o Departamento Municipal de Trânsito-DEMUTRAN e o Centro de Videomonitoramento.

Para controlar esse poder de fiscalização foi criada a Corregedoria Geral da Secretaria de Segurança, Ordem pública e Defesa Civil com objetivo de criar um sistema de correção e atuar de forma preventiva e corretiva nos eventuais desvios de condutas praticados por servidores no exercício de suas funções, através de procedimentos disciplinares com critérios bem definidos.

A primeira medida legal utilizada para fortalecer as bases jurídicas do projeto foi elaborar as leis necessárias para iniciar as ações. Foi reformulada a lei que trata da organização administrativa no âmbito do poder executivo municipal que incluiu a secretaria de segurança e seus respectivos cargos e estrutura. No âmbito das nossas competências criamos o projeto de lei do Regimento Interno da Secretaria de Segurança, Ordem Pública e Defesa Civil (SSEOP) onde prevemos o Código de Ética e Normas de Condutas e o regime disciplinar para os agentes públicos subordinados à SSEOP. Outra medida foi o projeto de lei de criação da Corregedoria Geral que definiu as competências da corregedoria geral e criou o cargo de corregedor geral e suas atribuições, além de alguns critérios e prerrogativas inerentes ao referido cargo. Este projeto também fez previsão quanto os requisitos de composição de comissões disciplinares e de servidores que futuramente venham a integrar os quadros da corregedoria geral.

Outro projeto de lei foi a reformulação do código de posturas do município, atualizando os procedimentos e sanções inerentes aos diversos fatos típicos presentes e regulamentados pelo poder público municipal.

Talvez o principal projeto de lei elaborado nesse período de transição e posterior assunção e adequação da nossa equipe foi o Estatuto da Guarda Civil Municipal de Guapimirim. Documento elaborado por nós, além do superintendente da Guarda Civil de Guapimirim Leandro Fiuza e pelo Secretário Leonardo Rodrigues. O Estatuto da GCM-Guapimirim representa o ápice na relação de parceria com a corporação que aderiu ao nosso projeto. Representa o anseio de toda uma categoria que há anos buscava o devido reconhecimento.

O principal ponto do Estatuto, sem dúvida, foi quanto à ruptura do pensamento tradicional vigente de concepção da Guarda Civil. Começando pela previsão de uma corporação “civil, uniformizada e armada” nos termos das legislações vigentes quanto à essa previsão. Vários outros pontos inovadores podem ser descritos, como por exemplo, a previsão, além da disciplina e hierarquia, da observação à cultura da responsabilidade, termo criado e inserido por nós que possui

o significado de que independente do nível hierárquico, todos os servidores têm responsabilidades e devem priorizar o bom ambiente funcional entre os pares e superiores.

O Estatuto da Guarda Civil contemplou reivindicações que hoje diversas guardas municipais lutam para conquistar em várias partes do Brasil. Tal projeto versou sobre plano de desenvolvimento de carreira única, aposentadoria especial, regime disciplinar especial, regulamento de uniformes, atribuições gerais e típicas dos cargos componentes da estrutura de carreira da Guarda Civil Municipal, previsão das promoções e requisitos para assunção das funções de gerenciamento, corregedoria interna, prerrogativas, etc. O Estatuto representa um marco não só regulatório das atividades da Guarda Civil Municipal de Guapimirim, mas uma mudança geral no pensar as bases de uma corporação policial forte e respeitada nas ações planejadas no contexto da política de segurança pública em nível local.

A gestão do Prefeito Zelito Tringuelê, ao assumir a prefeitura de Guapimirim constatou uma triste realidade para a Guarda Civil Municipal. Criada em 2001 a guarda teve ao longo da sua história apenas 04 (quatro) concursos públicos e até meados de 2016 ainda possuía vários agentes contratados. Em todos esses anos os agentes receberam apenas um kit de uniforme, e este devido ao tempo desgastou-se e atualmente vários agentes não utilizam o uniforme, pois não dispõem do mesmo. Sem falarmos na questão da remuneração básica de apenas R\$ 1.100,00 e sem adicionais, gratificações nenhuma.

Atualmente, a Guarda Civil Municipal possui 53 (cinquenta e três) agentes, além de mais 12 (doze) guardas ambientais. Ao assumirmos, constatamos que a guarda já nem estava indo para as ruas devido à viaturas sucateadas e as poucas que rodavam não possuíam combustível. Encontramos ainda um altíssimo índice de faltas ao serviço e grande números de processos disciplinares das mais variadas formas claramente realizada de forma arbitrária. Até então, nenhum agente da guarda civil tinha estado em sala de aula e recebido treinamento para exercer suas funções previstas legalmente. A Guarda Civil Municipal era vista como uma instituição frágil, ineficaz e por muito tempo permaneceu

subutilizada pela administração pública municipal anterior. A base da GCM e suas dependências encontravam-se sem higiene, até o bebedouro encontrava-se interditado. Sem falar nos índices de criminalidade que cresceu absurdamente nos últimos tempos na cidade. Uma triste realidade! Um cenário muito parecido, guardadas as suas proporções, do encontrado por nossa equipe na guarda civil municipal foi descrito no trabalho “o novo departamento de polícia de Nova Iorque” de James L. Heskett:

De acordo com um membro da equipe de Bratton, ‘havia muito nervosismo, fofocas, medo de falhar e baixo desempenho. A estrutura da organização era completamente de cima –para-baixo. Faltava foco ao departamento e, sem foco, um Departamento de Polícia pode se transformar em um ioiô municipal’. Um ex- comandante distrital disse que a atitude das pessoas nos níveis mais altos era, ‘Vocês no distrito apenas nos dão trabalho’. (HESKETT, 1999, p. 04)

A partir dessas constatações, e alinhadas ao nosso projeto, iniciamos uma série de iniciativas com objetivo de pôr em prática certas ações. Realizamos uma reunião motivacional no primeiro dia de governo, que resultou em queda significativa de 100% de faltas injustificadas.

Na própria lei do estatuto da guarda elaboramos um novo distintivo para a GCM e fizemos a redistribuição dos agentes da Guarda Ambiental para o grupamento ambiental da Guarda Civil Municipal, extinguindo este cargo e transformando todos em guardas civis municipais. Além dessas medidas iniciamos o convênio com o sistema nacional de trânsito, em parceria com o Conselho Estadual de Trânsito (CETTRAN). Também iniciamos a criação do canil municipal com objetivo de utilizarmos cães no exercício de policiamento preventivo exercido pela Guarda Civil. Realizamos uma total reformulação do quadro de chefia da Guarda Civil Municipal e da escala de todo efetivo GCM, prevendo a regulamentação destas no Estatuto próprio. Além de contemplar essas e outras medidas ainda criamos as unidades especializadas na estrutura da GCM-

Guapimirim. Foi criado o Grupamento de Operações Especiais e o Grupamento de Proteção Ambiental para exercerem atribuições específicas no âmbito das competências da Guarda Civil.

O projeto do Estatuto da Guarda Civil Municipal foi instituído na lei complementar nº 018 aprovada na câmara em sessão extraordinária convocada pelo presidente da câmara, vereador Pitter, no dia 01 de fevereiro do corrente ano. O Estatuto aprovado, sem dúvida representa um compilado de anseios que várias guardas, Brasil a fora almejam, e muitas não conseguem por medo de seus gestores em garantir a essas corporações o seu devido lugar na segurança pública. A lei do Estatuto objetivou dotar a guarda civil municipal de garantias institucionais para exercer suas atividades de segurança pública.

O Plano de Desenvolvimento da Carreira que elaboramos para a GCM- Guapimirim contempla 08 (oito) níveis escalonados em carreira única, onde a promoção se dá de 04 (quatro) em 04 (quatro) anos, de forma automática por tempo de serviço, obedecidos a alguns critérios que prezam a antiguidade, a qualificação profissional e a conduta dos agentes da corporação. A carreira única é composta pelos respectivos níveis de desenvolvimento:

- I- GCM 1- Classe Inicial;
- II- GCM 2- Segunda Classe;
- III- GCM 3- Terceira Classe;
- IV- GCM 4- Classe Especial;
- V- GCM 5- Classe Distinta;
- VI- GCM 6- Líder;
- VII- GCM 7- Subinspetor;
- VIII- GCM- Inspetor.

Desde o começo do projeto conseguimos compreender que a carreira única seria primordial na implantação da cultura da responsabilidade na corporação. Pois rompemos com a forma tradicional, presente em outras instituições de segurança, de criarem certas “castas” nos diversos cargos componentes de uma carreira, delegando a responsabilidade de gestão apenas para alguns, e com isso os outros são transformados em “massa de manobra”. A responsabilidade pela gestão do serviço é de todos, entendemos que todos, desde o mais moderno dos agentes, até o mais antigo são responsáveis e capazes de assumirem as funções de gerenciamento previstas na carreira da Guarda Civil Municipal de Guapimirim. No entanto um dos critérios para assunção dessas funções é o tempo de serviço na instituição, pois esse critério legitima o agente escolhido e cria a perspectiva de que todos terão oportunidade de se tornarem um gerente da corporação, desde que se qualifiquem.

Outra medida importante para consolidar essa ideia é a questão das insígnias de graduação seguirem o mesmo padrão para todos, utilizando-as nos ombros, compartilhando de uma referência militar aos oficiais de seus quadros. Com isso cultuamos que todos são oficiais da lei e da ordem. Com certeza essas ideias serão de significativa importância pra a consolidação do projeto de segurança para a cidade de Guapimirim. Teremos uma Guarda Civil Municipal forte e respeitada, e principalmente efetiva na proteção do cidadão.

Outro fator importante para a corporação foi a aprovação da aposentadoria especial para a categoria estipulado em 30 (trinta) anos de serviço e com alguns critérios específicos como, por exemplo, o limite de idade de 55 anos para servidores homens e 50 anos para mulheres, padrão seguido por várias corporação policiais, civis ou militares, mundo afora.

Como dito em linhas anteriores temos a pretensão de criar, o que chamamos de “via de mão dupla” na visão de gestão das políticas locais de segurança. É darmos condições de trabalho e poder de fiscalização para os agentes da Secretária de Segurança, Ordem Pública e Defesa Civil e em contrapartida termos um bom aparato jurídico e mecanismos de

controle forte e eficiente. Nesse intuito se torna de grande valia estruturar uma corregedoria que detenha um sistema de correição, especialmente de caráter preventivo e profissional, que estruture um sistema que funcione e aperfeiçoe as ferramentas empregadas quando da fiscalização dos agentes em serviço.

Destarte, É fato que diante do caos e da desordem instaurados na cidade de Guapimirim, especificamente na área de Segurança Pública, o Prefeito Zelito Tringuelê decidiu assumir essa responsabilidade, que até então e historicamente no Brasil, sempre foi apenas do Estado e União. Conforme a Lei Federal 13.022 de 2014, a Guarda Municipal deve assumir a responsabilidade de policiamento preventivo e combate à criminalidade dentro de um processo gradual de reestruturação e aparelhamento. Por este motivo, já foram criados o grupamento de auxiliares de trânsito e a coordenadoria de vigias patrimoniais, afim de “liberar” a GCM para exercer seu papel de Polícia Municipal.

Outra palavra que define muito a gestão da nossa equipe à frente do projeto de segurança da cidade é quanto à ênfase na qualificação profissional de todos os agentes subordinados à SSEOP. Em tempo recorde fechamos várias parcerias de curso e conseguimos logo para o início da nossa gestão o Curso de Aperfeiçoamento Profissional para a Guarda Civil de Guapimirim em parceria com a Guarda Municipal do Rio de Janeiro (GMRIO), onde todo o planejamento didático foi formulado em conjunto e o operacional e logístico foi completamente executado e financiado pela prefeitura de Guapimirim, onde pudemos utilizar o capital intelectual da academia da GMRIO. O conteúdo do curso de aperfeiçoamento incluiu, entre outras disciplinas: noções de direito, procedimento operacional padrão, defesa pessoal e uso progressivo da força, legislação de trânsito, lei orgânica municipal e o próprio estatuto da guarda civil municipal.

Após a realização do Curso de Aperfeiçoamento os integrantes do recém-formado Grupamento de Operações Especiais (GOE) da GCM-Guapimirim realizaram o curso de Ações de Controle de Distúrbios realizado em outra parceria conjunta com o Grupamento de Operações Especiais (GOE) da GMRIO em suas dependências e ainda o curso de

policiamento de proximidade nas atividades de operações especiais promovido em parceria com o Grupamento Tático Móvel (GTM), também da GMRIO.

Com certeza, essas medidas irão surtir efeito em curto prazo, especialmente com a mudança de postura e os investimentos na Guarda Civil Municipal. Somente neste curto espaço de tempo, reformulamos e trocamos todo o uniforme da corporação, além de dotar todos os agentes com equipamentos básicos de trabalho. Tudo novo. Uma nova Guarda Civil está ressurgindo das cinzas para fazer a diferença na vida do cidadão de Guapimirim. Todas as coordenadorias são de extrema importância para o projeto, no entanto, hoje, A reestruturação da Guarda Civil tornou-se o carro chefe para que o projeto de segurança seja relevante. Entendemos que as melhorias virão, e com elas, a responsabilidade. Estamos sempre nos preparando para alcançarmos a excelência na prestação do serviço de segurança pública. No entanto sabemos que para alcançarmos o sucesso dependemos do alinhamento de todos os responsáveis políticos do projeto, para que a câmara dos vereadores continue a caminhar lado-a-lado com o Prefeito Zelito Tringuelê e com isso quem irá ganhar é toda a população da cidade de Guapi (como é chamada carinhosamente). Precisamos deixar claro conforme as palavras ditas em vários discursos do Vereador Pitter: “Trazer a responsabilidade da segurança pública para o município é um ato de coragem do Prefeito Municipal” (SILVA, 2016), com esse pensamento estamos construindo um projeto modelo e inovador de segurança local para o município de Guapimirim.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância concedida aos municípios no sistema de segurança pública criado a partir de 1988 pela Constituição Federal abre uma agenda de debates quando da utilização das guardas civis municipais no policiamento preventivo e proteção do cidadão em todas as unidades federativas do país. Constituídas com a previsão genérica de “proteção aos bens, serviços e instalações”, muitos municípios não se prenderam a esse termo reducionista e instituíram suas respectivas corporações exercendo a função de policiamento preventivo. Assim criou-se uma

disparidade entre diversas cidades quanto à prestação do serviço de segurança e a utilização das guardas nesse segmento.

Com a evolução e mudanças de paradigmas na área de segurança, especialmente devido às conjunturas políticas que o país passou nos últimos anos, surge o conceito de segurança cidadã que justamente expõe a importância da articulação de diversos serviços conjuntamente com o serviço de segurança pública e controle da desordem. Com isso se eleva a participação dos municípios nesse sistema e transporta a responsabilidade pela segurança também para o âmbito local.

Assim vários esforços vieram sendo dispostos para dotar os municípios de poderes de controle da violência e da criminalidade e adequações das Guardas Civis ao exercício do policiamento preventivo. Com isso em 2014 foi promulgada a lei federal 13.022 que institui o Estatuto Geral das Guardas Municipais e regulamentou a atividade policial das guardas civis. Decorrido o prazo de 02 (dois) para as devidas adequações iniciou-se uma verdadeira corrida com esse tema nas eleições municipais de 2016. Passadas as eleições vários municípios do Rio de Janeiro começaram a pôr em prática seus projetos de segurança. Assim recebemos um convite para participar do projeto da cidade de Guapimirim onde pudemos colaborar com ações totalmente inovadoras, especialmente o que tange a reestruturação da Guarda Civil Municipal de Guapimirim. Entre esses projetos estavam a criação do estatuto da GCM-Guapimirim, criação da Secretaria de Segurança, Ordem Pública e Defesa Civil e seu regimento interno, a criação da Corregedoria Geral da Secretaria de Segurança e ainda a criação do código de Postura da Cidade de Guapimirim.

Com certeza, essas medidas irão surtir efeito em curto prazo, especialmente com a mudança de postura e os investimentos na Guarda Civil Municipal. Somente neste curto espaço de tempo, reformulamos e trocamos todo o uniforme da corporação, além de dotar todos os agentes com equipamentos básicos de trabalho. Tudo novo. Uma nova Guarda Civil está ressurgindo das cinzas para fazer a diferença na vida do cidadão de Guapimirim. Entendemos que as melhorias virão, e com elas, a responsabilidade. Estamos sempre nos preparando para alcançarmos a

excelência na prestação do serviço de segurança pública. No entanto sabemos que para alcançarmos o sucesso dependemos do alinhamento de todos os responsáveis políticos do projeto, precisamos que a câmara dos vereadores continue a caminhar lado-a-lado com o Prefeito Zelito Tringuelê e com isso quem irá ganhar é toda a população da cidade de Guapi (como é chamada carinhosamente).

Destarte, o presente Trabalho de conclusão de curso foi uma excelente oportunidade para abordarmos um assunto muito pertinente na segurança pública contemporânea. Conseguimos cumprir seu objetivo de compreender questões relacionadas ao contexto da segurança pública voltada para a prevenção que tem o seu marco jurídico com a Constituição Federal de 1988 e as concepções de policiamento preventivo exercido pelas guardas municipais. Acreditamos que os objetivos, tanto geral como específico no presente trabalho foram concluídos e as hipóteses de compreensão da condição atual do exercício do policiamento preventivo pelas guardas civis que se vislumbrava com o estudo foram concretizadas na medida em que descrevemos de forma organizada e sequencial os textos que tratavam das guardas civis e a segurança pública, do policiamento preventivo e terminando com a apresentação do projeto de segurança pública para a cidade de Guapimirim ao qual fomos convidados a participar da equipe responsável por dar vida ao projeto na prática. Vislumbramos que a resposta para a pergunta-problema: uma melhor compreensão do conceito de policiamento preventivo pode tornar as guardas civis o futuro da segurança cidadã? É sim. Pode melhorar e muito a eficiência e efetividade na atuação dessas corporações na proteção do cidadão. Uma política séria de segurança pública é a mola propulsora para o desenvolvimento de qualquer cidade, e dessa responsabilidade a prefeitura de Guapimirim não se esquivará. Legislativo e Executivo unindo forças para vencer o mal que se instaurou na nossa cidade, pois como diz o estribilho do hino de Guapimirim: “somos bravos, somos fortes e jamais seremos fracos nos braços do vento norte”.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 15 mai. 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa de informações básicas municipais- Perfil dos municípios 2015**. Biblioteca do IBGE, 2016. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2016/default> >. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. 2011. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Lei n.13. 022, 11- 08- 2014. **Institui o Estatuto Geral das Guardas Municipais**. Lex. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L13022.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

CAMPOS, William Sergio Antunes de. **A GUARDA MUNICIPAL NO CONTEXTO DA SEGURANÇA PÚBLICA INTEGRADA: desafios e perspectivas no exercício funcional frente à demanda por segurança e proteção do cidadão**. 2013. 102 f. Monografia (Programa de Graduação em Gestão Pública para o Desenvolvimento Econômico e Social- GPDES). Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ, 2013.

FREIRE, Moema Dutra. **PARADIGMAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASI: DA DITADURA AOS NOSSOS DIAS**. v3, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1219>. Acesso em: 05 jun. 2016.

HESKETT, James L. **O novo Departamento de Polícia de Nova Iorque**. Revista Havard Business School n. 307, 22 June, 1999.

KUHN, Thomas. (2003). **A estrutura das revoluções científicas**. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira (trad.). 3ª edição, São Paulo, Perspectiva.

PANUD. **Segurança Cidadã muda realidade de municípios.** PANUD e Cidades, Brasília, DF, 2011.

PATRULHAMENTO. In: Dicionário Michaelis online. Disponível em: < <http://www.michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 21 jan. 2017.

POLICIAMENTO. In: Dicionário Michaelis online. Disponível em: < <http://www.michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 21 jan. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Estudo socioenômico dos municípios do Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/estudossocioeconomicos1>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SILVA, Halter Pitter dos Santos da. **Depoimento do Vereador Pitter, presidente da Câmara municipal de Guapimirim sobre o projeto de segurança da cidade.** Guapimirim, 20 dezembro. 2016. Entrevista concedida a William Campos.

SOARES, Luiz Eduardo. **Segurança tem saída.** Rio de Janeiro: Sextante, 2006. 160 p.

NOTAS:

[1] Po.li.ci.a.men.to. **sm (policial+mento2)** Ação ou efeito de policial; guarda. Dicionário Michaelis. Disponível em: < <http://www.michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 21 jan. 2017.

[2] Pa.tru.lha.men.to. **sm (patrulhar+mento2)** Ato ou efeito de patrulhar; patrulha. Disponível em: <<http://www.michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 21 jan. 2017.

[3] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Estudo socioenômico dos municípios do Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/estudossocioeconomicos1>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

[4] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010.** 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

DIREITOS DO NASCITURO: A APLICAÇÃO DA TEORIA CONCEPCIONISTA

FELIPE TEIXEIRA DIAS: Acadêmico do curso de bacharelado em DIREITO. Faculdade Guanambi/CESG. Brasil.

RESUMO: Ao tratar de assuntos que norteiam os conhecimentos contemporâneos sobre a questão social, o presente trabalho, foi elaborado a partir da visão em uma temática um tanto quanto diferenciada, possui em seu contexto elementos provocativos a serem deliberados e discutidos voltados a teóricas diversas acerca dos direitos do nascituro quais sejam as teorias: Natalista, Condicional e Concepcionista, a problemática é com relação em que casos deverá ser aplicada a teoria Concepcionista, a qual apresenta soluções variadas baseando-se na doutrina vez que a legislação é vaga com relação ao presente estudo. A presente temática é de suma relevância social, e ao não ser observada pode ferir o princípio do direito a vida da pessoa humana, desta forma a presente pesquisa foi desenvolvida a partir de análise doutrinária e jurisprudencial com posterior compatibilização entre estas, e tem como objetivo demonstrar a divisão das teorias voltadas ao mesmo tema, bem como sua devida aplicação ao caso concreto, observando o linear jurídico acerca deste.

Palavra- Chave: Questão Social; Jurisprudência do Nascituro; Doutrina.

ABSTRACT: In dealing with to guide issues about contemporary knowledge on a social issue, the present work was drawn from the view in a somewhat different theme, its context has provocative elements to be deliberated and discussed, Rights Of the unborn which are like theories: Natalist, Conditional and Conceptionist, the problematic is with reference in which the cases must be applied to the Conceptionist theory, which presents varied solutions based on the doctrine, The present theme is of great social relevance, And is not observed as a point of view on the right to life of the human person, the present research has been developed from doctrinal and jurisprudential analysis with later compatibilization between these and aims to Demonstrate the division

of theories focused on the same theme, As well as its application in concrete case, observing the linear legal on This one.

Keyword: Social Issues; Jurisprudence of the unborn child; Doctrine.

1. INTRODUÇÃO

A contemporaneidade é visada por ter perpassado um contexto histórico metamórfico, sendo imprescindível resaltar as visões e teorias diversificadas acerca da mesma temática. O propósito de notoriamente se ter muitos olhares voltados a determinado tema sempre ocorreu a partir da tentativa de solucionar problemas ou tentar evitar que estes tivessem possibilidades de existir. Não obstante o direito como ciência social aplicada, e, mais ainda como pacificador social, entre mudanças e reformulações dos mais variados temas possui em si uma temática que é de grande importância e debate para os civilistas, a questão dos direitos da personalidade: direito ao nascituro.

De acordo com o Código Civil (2002), o Nascituro é um direito entrelaçado a personalidade, vez que esta que lhe põe a salvo^[1], no entanto existem ponderações diversas acerca da temática, como por exemplo, as visões: Natalista que é adotada pelo próprio Código Civil, de acordo com Silvio de Salvo Venosa (2010) consiste no nascimento com vida; Condicional, de acordo com Paulo Nader (2016), os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais; e Conceptionista cuja temática é menos aceita pelos doutrinadores e conforme aponta Maria Helena Diniz (2014), o direito do nascituro é posto a salvo pela lei desde a concepção. Os tribunais julgam conforme seu entendimento, entretanto há que se ponderar com relação ao caso concreto, vez que este é o centro das análises e para este é preciso voltar seu olhar ao aplicar as teorias do Nascituro.

Acerca da teoria Conceptionista do nascituro é preciso verificar em que contexto estará sendo aplicado, a análise pode ser diversificada entre os tribunais e por doutrinadores, no entanto como já foi dito é preciso analisar com precisão o caso em que este será tramitado.

Percebe-se que o fator segurança monetária, é algo que se faz necessário para garantir a existência e sobrevivência, este fator já existe há muito tempo, no entanto tem-se notavelmente sido observado e discutido na atualidade. De acordo com Maria Helena Diniz (2012), a finalidade de garantir a existência e sobrevivência, Porém, a par dos direitos patrimoniais e dos direitos pessoais à pessoa natural tem direitos da personalidade^[2], de forma clara e objetiva é perceptível que a vida humana deve ser levada em conta acima de qualquer outra temática do ordenamento jurídico conforme apontamento de Maria Helena Diniz (2012). A teoria Concepcionista foi tida em observância para alguns direitos de forma delimitada, o que seria dependente do nascimento com vida, como é o caso dos direitos patrimoniais^[3]. A temática foi tida com outros olhares e concepções diferentes pelo fato de o Código Civil de (2002) tratar de forma vaga a mesma.

2. APONTAMENTOS TEORICOS E METODOLOGICOS

Alguns defensores Concepcionista, a qual alguns são adeptos notavelmente tem-se, Teixeira de Freitas, Limongi França, André Franco Montoro, Francisco do Santos Amaral, Maria Helena Diniz, Pontes de Miranda dentre outros juristas notoriamente reconhecidos. Em seu *Dicionário jurídico*, Maria Helena Diniz conceitua o nascituro como sendo “Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo”^[4].

A objetividade de forma geral da presente exposição é demonstrar quais são os parâmetros da visão Concepcionista, e, os objetivos de formas específicas serão demonstrar: qual foi a origem do termo, quais são as circunstâncias pelas quais esse método deveria ser aplicados e em quais casos não devem ser abordadas.

Ao analisar o pensamento exposto por Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa e Paulo Nader, doutrinadores civis, observando os principais e relevantes pontos abordados pelos doutrinadores acerca da temática, utilizou-se da forma comparativa e interpretativa, para que cominasse na compatibilização da presente exposição. Fez-se necessário

também a comparação entre as três visões teóricas sobre a temática do nascituro, a fim de compreender quando deverá ser aplicada a teoria Conceptionista. Posteriormente foram analisadas ações judiciais nos sites dos tribunais superiores para realizar a compatibilização de dados entre doutrina e aplicação ao caso concreto.

3. PARAMETROS TEÓRICOS SOB A EGIDE DOS DOUTRINADORES

A temática do nascituro ainda é motivo de debates, pois a partir desta, existem três divisões teóricas, a Natalista que conforme aponta Silvio de Salvo Venosa (2010) e Paulo Nader (2016) tem-se como início da personalidade sendo a partir do nascimento com vida; resguardando os direitos do ser em formação e que incluso é a teoria universal, ou seja, adotada pelo Código Civil de 2002. Existe também a teoria Condicional que é descrita de acordo com Paulo Nader (2016), no qual os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais, ao nascimento com vida; e Conceptionista conforme pondera Maria Helena Diniz (2014), o direito do nascituro é posto a salvo pela lei desde a concepção.

Verificando a temática em informe jurisprudencial exposto pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, foi possível depreender que a teoria conceptionista é adotada quando a relação com crimes cometidos contra o nascituro conforme [Resposta 1.415.727-SC](#), **Relato do Ministro Luis Felipe Salomão STJ que predispõe da seguinte forma:**

[...] o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida". Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria conceptionista - para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito

de direitos - para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea[5].

Acerca desse tema Paulo Nader (2016) aponta que embora o código civil de 1916 e 2002 adotem a teoria natalista, o legislador possuía a alternativa de fixar a partir da concepção ou nascimento com vida a proteção ao nascituro ou embrião[6], nesta linhagem de pensamento, ele sustenta o exposto apontando que Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua como civilistas de expressão defendem a teoria concepcionista.

Por outro lado, ao tratar sobre a temática, Maria Helena Diniz (2014) exemplifica por meio de comparação entre o código civil brasileiro e os códigos existentes e vigentes em outros países, apontando que o código civil brasileiro afastou determinadas hipóteses disposto em seu art. 2º que a personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois[7]. Diniz (2014) acrescenta que, “pela resolução nº 1/88 do Conselho Nacional de Saúde – CNS, o nascimento com vida é a expulsão ou extração completa do produto da concepção” [8]. Após análise descrita acima, ela termina com seguinte apontamento “Conquanto Comece do nascimento com vida (RJ 172:99) a personalidade civil da pessoa, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º)”(DINIZ, 2014 p. 225).

Sobre esse tema, Silvio de Salvo Venosa (2010) explica que embora o código civil disponha a respeito do nascituro, não concebe como personalidade, mas, sim que põe a salvo seus direitos conforme art. 2º[9]. Para Venosa (2010) “o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido, e que poderá ser sujeito de direitos no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual” ele aponta dois outros fatores de suma importância que é a questão do regime protetivo que abrange mais de uma das áreas das ciências jurídicas, sendo tratado tanto pelo Direito Civil quanto pelo Direito Penal, embora ainda não possua em sua totalidade os requisitos da personalidade[10]. Seguindo sua exposição Venosa (2010) pondera

que de acordo com o código de 2002, o nascituro ainda que não seja considerado pessoa, possui a proteção legal de seus direitos desde a concepção. Por tanto de acordo com a explicação referente a presente temática e explicações de forma comparativa e compatibilizante acerca dos doutrinadores bem como o relato do ministro do STJ[11], fica claro que essa teoria ainda que não seja aceita amplamente deve ter um linear voltado ao caso concreto e analisado, observando o quadro fático.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente apontar que não há pretensão aqui em pautar um fim nas discussões a cerca da presente temática, visto que a presente problemática é ampla e de abordagem multidisciplinar e que será tratada por variadas análises de juristas e doutrinadores.

Desta forma o presente estudo por ser de natureza, social, Constitucional, civil e penal, merece uma atenção especial, observando o Código Civil, que regulamentou a norma constitucional, trazendo diretrizes gerais para O princípio da *dignidade da pessoa humana*, para que desta forma, também os que hão de nascer possam ter acesso aos direitos básicos constantes na Constituição de 1988 e sobre tudo o direito a vida apontado constantemente pelo direito.

Diante do exposto e considerando a problemática com relação à aplicação da teoria concepcionista ao caso concreto obteve-se a compatibilização por meio do entrelace entre o Código Civil as teorias e o caso concreto exposto no presente trabalho, é mister salientar que ainda que hajam lacunas na legislação e mesmo que os doutrinadores apontem teorias diversas, em determinadas matérias o pensamento destes acaba por cominar em uma única resposta que muitas das vezes norteia e perpassam a mesma temática, no caso descrito pela jurisprudência conforme citado acima, a teoria Conceptionista foi adotada em virtude da análise do quadro fático, vez que se tratava de atentado contra a vida da pessoa humana[12], por conseguinte percebe-se que tanto o Código Civil quanto o Código Penal estão de acordo no alinhamento a teoria Conceptionista para que ambos ramos do Direito possam ter eficácia em sua aplicação, voltados ao linear e aos parâmetros jurídicos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, sem ele nada seria possível.

Agradeço aos meus pais, sem eles jamais teria nascido.

A minha tia Maria Madalena, sem ela jamais teria crescido.

Estendo minha gratidão, a professora Deborah Marques Pereira, mestra do meu aprendizado, estimuladora do meu saber, incentivadora da vontade em aprender.

E não menos merecido, agradeço a todos os professores, colegas e amigos que conheci durante a vida acadêmica, e fora dela também, todos que ficaram com um pouco de mim, e me deixaram um pouco de si, permaneço igual fisicamente, mas, totalmente mudado intelecto e mentalmente.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF**, v. 11, 2002.

DE JUSTIÇA, Superior Tribunal. Superior Tribunal de Justiça. **<http://www.stj.gov.br>**. Acesso em, 14.04.2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: vol.1: Teoria geral do direito civil**. Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. Saraiva, 2010.

FEDERAL, GOVERNO. **Conselho Nacional de Saúde**. Ética em Pesquisa. Disponível em:< <http://conselho.saude.gov.br> > Acesso em, v. 13, n. 11, p. 00.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. Grupo Gen-Editora Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, v. 10, 2010.

NOTAS:

[1] BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[2] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: vol.1: Teoria geral do direito civil**. Saraiva, 2014.

[3] NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. Grupo Gen-Editora Forense, 2016.

[4] DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. Saraiva, 2010.

[5] DE JUSTIÇA, Superior Tribunal. Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stj.gov.br>. Acesso em, 14.04.2017.

[6] NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. Grupo Gen-Editora Forense, 2016.

[7] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: vol.1: Teoria geral do direito civil**. Saraiva, 2014.

[8] FEDERAL, GOVERNO. **Conselho Nacional de Saúde**. Ética em Pesquisa. Disponível em:< <http://conselho.saude.gov.br>> Acesso em, v. 13, n. 11, p. 00.

[9] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, v. 10, 2010.

[10] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, v. 10, 2010.

[11] DE JUSTIÇA, Superior Tribunal. Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stj.gov.br>. Acesso em, 14.04.2017.

[12] BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

O DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

EMÍLIA SANTIAGO RABELO DE JESUS:

Bacharelanda do curso de Direito no Centro Universitário Ages - UNIAGES.

RESUMO: Sabe-se que o direito internacional exerce grande influênciano âmbito jurídico nacional, isto é, ambos se integram de maneira eficaz na proteção das garantias fundamentais. Dessa forma, presente trabalho irá demonstrar como se deu a evolução do Controle de Convencionalidade, demonstrando suas funções diante da concretização dos Direitos Humanos e do Direito Internacional. Assim, será descrita a forma com que este instrumento fora aplicado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e quais as consequências deste dispositivo para as cortes nacionais e internacionais de Direitos Humanos. A demonstração de como os tratados internacionais são agregados ao ordenamento jurídico brasileiro também será imprescindível na compreensão da essencialidade das suas funções.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional; Direitos Humanos; Controle de Convencionalidade.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Tem-se que o direito internacional exerce grande influência no âmbito jurídico nacional, isto é, ambos se integram de maneira eficaz na proteção das garantias fundamentais. Nessa esfera, torna-se imprescindível destacar a forma com que os tratados internacionais se incorporam ao direito interno e como estes influem na defesa de direitos considerados essenciais para as pessoas.

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos prevê através do Controle de Convencionalidade que todos os países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos devem cumprir com as obrigações internacionalmente assumidas, independente do ordenamento jurídico interno, isto é, os diplomas convencionais devem servir como um elixir à execução da lei interna. Em suma, o dispositivo supramencionado determina que

uma norma possa deixar de ser aplicada em um país em virtude de acordos, convenções e tratados assinados no âmbito internacional.

2. DESENVOLVIMENTO

Uma vez demonstrado o conceito do Controle de Convencionalidade, torna-se imperioso destacar como se dá a aplicação dos tratados internacionais no Brasil, dado que tal instrumento baseia-se no cumprimento de obrigações estabelecidas pelo direito internacional através do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O direito internacional surgiu com a necessidade de dar fim a normas jurídicas diferentes que davam origem a conflitos entre Estados, já que cada um possui soberania de criar suas próprias leis de acordo com a realidade social vigente. Dessa forma, é imprescindível analisar a relação hierárquica entre as leis externas de direito internacional e as internas que regem as diferentes nações. Correntes doutrinárias são as principais responsáveis por classificar e desenvolver a forma com que a legislação internacional se apresenta.

Uma das principais correntes a serem descritas é a dualista, estabelecida por Dionisio Anzilotti na Itália, que separa o direito interno do externo, classificando-os como independentes. De acordo com Mazzuoli (2007, p.60):

A concepção dualista foi aprovada na Itália por Dionisio Anzilotti, porém com algumas variações – dualismo moderado –, pois permitia que, em certos casos, o Direito Internacional fosse aplicado internamente pelos tribunais sem que houvesse a recepção formal.

Tem-se então que mesmo agindo independentemente, um é essencial para o outro, sendo que ambos se completam. Assim, o primeiro é exercido pela soberania de um Estado, a qual lhe é dada o poder de criar a própria legislação de acordo com diversos fatores presentes na sociedade. Já o segundo está relacionado com a reciprocidade de vontade, onde

diversas nações se unem com um único interesse e a partir disso pactuam um acordo estabelecendo normas que funcionam tanto para regular as relações internacionais quanto para desenvolver políticas de garantia de direitos que devem ser preservado por todos os países, independente das condições sociais.

Também há de se falar na corrente monista, que surgiu na Escola de Viena na época após a Segunda Guerra Mundial, onde os teóricos defendem a existência de uma só ordem jurídica, o direito internacional, sendo que a legislação interna dos países faz parte apenas de uma fração desta primeira. Seu principal defensor foi Hans Kelsen, famoso doutrinador da época que afirmou em sua obra Teoria Pura do Direito (1985, p.352):

As ordens jurídicas estaduais são concebidas como delegadas pelo Direito Internacional, como subordinadas a este e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como em uma ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito Internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional.

Para ele, todas as demais ordens de direito interno são subordinadas ao direito externo, isto é, seguem um determinado padrão onde a hierarquia é apresentada através das normas internacionais. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal manteve por muito tempo a posição de que todos os tratados eram considerados como direito ordinário, todavia esta não é a ideia utilizada atualmente. Assim, a nova concepção determina o status constitucional aos Tratados de Direitos Humanos, de acordo com o que prevê a Emenda Constitucional 45/2004, surgindo assim à possibilidade de aplicação do Controle de Convencionalidade.

Levando em consideração tal colocação, considera-se Controle de Convencionalidade a forma de compatibilizar as normas de direito interno e os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no país, servindo de instrumento de implementação do Direito Internacional na ordem

jurídica interna. Dessa forma, os parâmetros de compatibilidade destes documentos passa a ser não somente conforme a Constituição, mas sim uma nova forma de se realizar o controle vertical das normas jurídicas.

Insta ressaltar que o instrumento supramencionado é utilizado por tribunais internacionais de direitos humanos, com o objetivo de evitar que os estados sejam fiscais e ao mesmo tempo fiscalizados. Todavia, é oportuno afirmar que há exceções para esta afirmação, uma vez que o Controle de Convencionalidade pode ser realizado por juiz nacional, de forma preliminar ou provisória. Mesmo exercendo tal função nas formas acima citadas, o órgão julgador poderá declarar de ofício a inconveniência da lei ou ato do poder público. Além disso, a doutrina considera o tal dispositivo difuso, isto é, transforma um juiz nacional em um interamericano, ficando este responsável por ser guardião da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesta vertente, destaca-se que os tratados internacionais servem como limites verticais, relacionados à produção normativa, assim como a Constituição. Trata-se de modo de interpretação mais realista e humanitário do que aquele até então existente desenvolvido através de uma moderna hermenêutica. Assim a universalidade dos direitos humanos torna-se um fator imprescindível para que estes não sejam violados, tendo em vista o âmbito mundial, uma vez que os tratados internacionais são cada vez mais comuns, havendo, dessa forma, a necessidade de torna-los efetivos.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004 permitiu-se uma nova interpretação do art. 5º da Constituição Federal de 1988, agregando o Controle de Convencionalidade a esta. Desse modo, os tratados e convenções que, agora, são considerados material e formalmente constitucionais, devem ser parâmetro de controle das normas infraconstitucionais. Levando em consideração esse posicionamento, cabe ao legislador, no momento da criação de leis infraconstitucionais, observar de forma minuciosa a compatibilidade do conteúdo dos tratados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o exposto, é notório que o Controle de Convencionalidade é imprescindível ao ordenamento jurídico pátrio, dado que elava o status dos tratados internacionais a uma hierarquia de cunho constitucional. A questão de criação e positivação dos direitos humanos através de tratados e convenções internacionais se deu através de inúmeras violações de garantias que aconteceram em meio às duas Grandes Guerras Mundiais.

No Brasil, não fora diferente, uma vez que no período conhecido como Ditadura Militar, houve inúmeras negações a direitos essencialmente fundamentais, o que fez com que o constituinte de 1988 se preocupasse um rol de direitos inseridos na própria Constituição, dando a eles a posição hierárquica mais elevada da legislação brasileira.

Nesse contexto fica claro o objetivo do Controle de Convencionalidade, sendo indispensável no Estado Constitucional Cooperativo. Assim, é indiscutível que tal instrumento serve como uma forma para que os tratados que asseguram os direitos humanos não sejam violados por nações o pactuaram. No Brasil, não há muitas decisões que utilizam o instituto supramencionado, todavia este deve ser abarcado por toda a estrutura nacional com o propósito de fazer com que as normas presentes nas convenções e tratados internacionais sejam efetivadas diante da necessidade de proteção dos Direitos Humanos.

4. REFERÊNCIAS

Accioly, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004**. Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ed. rev., atual. eampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAMINA, Larissa. **Direito Internacional Convencional**. Ijuí: Unijuí, 2006.

CULTURA DO DIÁLOGO E MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A CONSENSUALIDADE E O EMPODERAMENTO NA CONDUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DISCIPLINAR

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Embora o Texto Constitucional de 1988 tenha assegurado o exercício da democracia participativa, é necessário reconhecer, no cenário contemporâneo, que a materialização de tal direito se apresenta como um dos grandes desafios enfrentados pela sociedade brasileira, em especial nas comunidades periféricas que surgem à margem dos centros urbanos oficiais, a exemplo de favelas e assentamentos. Ao lado disso, a promoção do tratamento eficaz de conflitos, de maneira a extirpar a cultura tradicional da transmissão de culpa para o semelhante, bem como preservando as relações continuadas e a obtenção, em fim último, de pacificação social encontram uma série de obstáculos ideológicos, advindos da cultura adversarial nutrida pelo processo, no qual uma das partes sempre será vitoriosa e outra perdedora, conjugado com o desgaste dos litigantes e a morosidade do Poder Judiciário em resolver as questões colocadas sob sua análise, desenvolve-se um cenário caótico, no qual o descrédito da justiça e da resolução de conflitos se torna uma constante. Neste substrato, a mediação comunitária se apresenta como um instrumento proeminente que busca, por meio do encorajamento do diálogo e da reflexão, a conjugação de esforços para o tratamento dos conflitos, de maneira que a decisão tomada satisfaça ambas as partes.

Assim, o presente busca refletir sobre o emprego de tal método em sede de Administração Pública.

Palavras-chave: Mediação. Cultura do Diálogo. Administração Pública.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: A Ressignificação do Vocábulo “Conflito” na realidade contemporânea; 2 Os Métodos Extrajudiciais de Tratamento de Conflitos na pauta do dia: A Mediação e a Perspectiva Relativa ao Conflito nas Relações Continuadas; 3 Princípios Norteadores da Administração Pública: Revisitando a tábua axiológica da Justiça Administrativa; 4 O emprego da Mediação no Processo Administrativo e Disciplinar (PAD) ; 5 Considerações Finais

1 COMENTÁRIOS INTRODUTÓRIOS: A RESSIGNIFICAÇÃO DO VOCÁBULO “CONFLITO” NA REALIDADE CONTEMPORÂNEA

É fato que o conflito é algo intrínseco à condição humana, surgindo a partir do momento em que a sociedade é constituída, derivando das pretensões adversas apresentadas pelos indivíduos em contínua convivência. Neste sentido, o conflito materializa o dissenso, decorrendo das expectativas, valores e interesses contrariados. “Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga” (VASCONCELOS, 2012, p. 19). Desta feita, a percepção do conflito experimentada pela sociedade contemporânea transmuda a parte como adversária, apenas por apresentar objetivos distintos e dissonantes, tal como responsabiliza aquela como causadora do conflito, sendo, portanto, a raiz do problema que atenta contra a pacificação social, devendo, pois, ser expurgado. Ao lado disso, a partir de uma perspectiva puramente legal, “o conflito é resultado de uma violação da lei ou de uma desobediência a um padrão, fato que lhe confere uma aversão social”, segundo Foley (2011, p. 246).

Corriqueiramente, é verificável uma conjunção de esforços, por vezes sobre-humanos, para concentrar todo o raciocínio e elementos

probatórios na busca insaciável de alcançar novos fundamentos para fortalecer o posicionamento unilateral, com o objetivo único de enfraquecer e destruir os argumentos apresentados pela parte *ex-adversa*. Tal cenário é tangível, principalmente, em processos judiciais nos quais o desgaste das partes é evidente, quer seja em razão da morosidade, quer seja em decorrência do envolvimento psicológico na questão. A visão tradicional que envolve o conflito, como sendo algo ruim, é tão arraigada na sociedade contemporânea que obsta os envolvidos de analisarem a questão de forma madura, compartilhando a responsabilidade sobre a questão, mas sim promovendo uma constante busca em transferir “ao outro” a culpa pelo surgimento e o agravamento do conflito. Ao invés de envidar esforços para tratar o conflito, por meio de estratégias sóbrias e racionais, a abordagem tradicional do dissenso concentra todos os empenhos em identificar o culpado pelo surgimento do conflito e puni-lo. Foley, neste sentido, anota que:

No sistema judicial oficial, o conflito é solucionado por meio da aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto. O processo é o palco no qual interesses são dialeticamente confrontados sob uma aura adversarial que confere ao conflito uma dimensão de disputa. O vencedor da demanda encontra satisfação de seus interesses materiais e o derrotado, em geral, sente-se injustiçado. Não há um processo de compreensão das origens e das circunstâncias em que se situa o conflito, tampouco se verifica uma participação na busca de uma solução criativa capaz de contemplar os reais interesses em disputa. (FOLEY, 2011, p. 248).

O sistema jurídico, em vigor, apresenta como robusto aspecto a confrontação entre as partes em litígios, agravando, corriqueiramente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto entre os envolvidos no dissenso causador da lide. Trata-se da valoração do dualismo perdedor-ganhador fomentado pelo sistema processual adotado, no qual, imperiosamente, a morosidade do processo acarreta o desgaste ainda maior, comprometendo, por vezes, o discernimento dos

envolvidos para uma abordagem madura da questão. No sistema vigente, pautado na conflituosidade que caracteriza os procedimentos judiciais, os litigantes são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores a existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e a parte *ex-adversa* como culpada pela ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando, ainda mais, a beligerância entre os envolvidos.

Ademais, a tônica desenvolvida na liturgia processual, pragmática, engessada, voltada à satisfação de índices e metas estabelecidos, com o único intento de promover a materialização ao direito fundamental e constitucional à duração razoável do processo, mascara um sistema ineficiente, no qual não se trata o problema (conflito), mas tão somente coloca fim a mais um processo, atendendo as expectativas frias e débeis de finalização de processos. Ora, é crucial destacar que o apostilado processual não se resume a uma sequência lógica de peças que observam um rito, previamente estabelecido, culminando, em sede de primeiro grau, com a prolação de uma sentença que, por excelência, encerra a prestação jurisdicional. Ao reverso, trata-se de um compêndio que reflete, comumente, as angústias e anseios dos envolvidos, os quais, mais que o pronunciamento do Estado-juiz, buscam o tratamento do conflito, das causas ensejadoras e consequências decorrentes do dissenso, de maneira a abreviar uma situação que cause desgaste emocional, psicológico e físico.

O estado emocional fomenta as polaridades e atalha a percepção do interesse comum, mascarando-o sob a falsa perspectiva de atingir apenas o interesse individual, mantendo-se incólume aos efeitos reflexos advindos do desgaste proporcionado pela gestão ineficiente do conflito. Como bem destacam Moraes e Spengler (2008, p. 54), “o conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras”. Partindo da premissa que o conflito interpessoal não tem solução, é

possível estabelecer diretrizes sóbrias que busquem solucionar as disputas pontuais, confrontos específicos, dispensando ao dissenso um aspecto positivo. Acerca do tema, Vasconcelos anota:

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.

O que geralmente ocorre no conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não importando o que o outro fala ou escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, o outro já prepara uma nova argumentação. Ao identificarem que não estão sendo entendidas, escutadas, lidas, as partes se exaltam e dramatizam, polarizando ainda mais as posições. (VASCONCELOS, 2012, p. 19-20).

Com efeito, a solução transformadora do conflito reclama o reconhecimento das diferenças e do contorno dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, já que a relação interpessoal está calcada em alguma expectativa, valor ou interesse comum. Já restou devidamente demonstrada que a visão tradicional não produz os

resultados ambicionados, já que a eliminação do conflito da vida social é algo que contraria a existência e interação em sociedade. O mesmo pensamento vigora com a premissa de que a paz social só pode ser alcançada, essencialmente, com a erradicação do conflito; ao reverso, a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas e sociedades que apreendem a abordar o conflito de forma consciente e madura, dispensando um tratamento positivo, em prol do crescimento e amadurecimento dos envolvidos e não como elemento de destruição.

Segundo Foley (2011, p. 246), toda situação conflituosa deve ser analisada como uma oportunidade, na proporção em que possibilita a veiculação de um processo transformador. Ora, os conflitos são detentores de sentidos e, quando compreendidos, as partes neles envolvidas têm a possibilidade de desenvolver e transformar a sua vida, logo, como são elementos constituintes da vida humana, não podem ser concebidos como exceção, mas sim como mecanismos oriundos da coexistência em sociedade que permite o amadurecimento dos envolvidos e, por vezes, a alteração da ótica para analisar as situações adversas a que são submetidos. Neste passo, conceber o conflito como uma aberração social é contrariar a própria essência do convívio em sociedade, no qual indivíduos complexos, com entendimentos e posturas variadas e plurais, em convívio contínuo, tendem a apresentar interesses opostos, os quais, inevitavelmente, entram em rota de colisão.

É imperioso a ressignificação do vocábulo “conflito”, adequando-o à realidade contemporânea, de modo que não seja empregado apenas em um sentido negativo, mas sim dotado de aspecto positivo, permitindo aos envolvidos o desenvolvimento de uma análise madura e sóbria da questão, de modo a enfrentar o dissenso como algo corriqueiro e integrante da vida em sociedade e não como uma exceção a ser combatida. Resignificar o conflito, neste cenário, é extrair a moldura tradicional que desencadeia a incessante busca dos envolvidos em determinar o culpado e demonizá-lo, mas sim assegurar que haja o tratamento dos motivos e causas que desencadeiam os dissensos, propiciando a estruturação cultural de uma nova visão do tema.

2 OS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE TRATAMENTO^[1] DE CONFLITOS NA PAUTA DO DIA: A MEDIAÇÃO E A PERSPECTIVA RELATIVA AO CONFLITO NAS RELAÇÕES CONTINUADAS

Ao partir da necessidade de mudança de paradigmas no tocante ao tratamento dispensado ao conflito, é possível, utilizando a definição apresentada por Roberto Portugal Bacellar (2003, p. 174), que mediação consiste em uma técnica lato senso que tem como assento a aproximação das pessoas interessadas no tratamento^[2] de um conflito, induzindo-as a encontrar, por meio do estabelecimento de um diálogo, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. Em mesmo sentido, Vasconcelos (2012, p. 42) descreve mediação como “um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, em ambiente seguro e ambiência de serenidade, com a colaboração de um terceiro [...], expõem o problema, são escutadas e questionadas”, estabelecendo um diálogo construtivo e identificando interesses em comuns, opções e, de maneira eventual, estabelecer um consenso. Garcia e Verdán apontam que:

A mediação é um meio alternativo simples, essencialmente extrajudicial de resolução de conflitos e efetivo no acesso a justiça. Ocorre quando as partes elegem um terceiro (mediador) alheio aos fatos para conduzi-las à solução do conflito por meio de um acordo sem que haja uma interferência real do mesmo. O objetivo da mediação é responsabilizar os protagonistas, fazendo com que eles mesmos restaurem a comunicação e sejam capazes de elaborar acordos duráveis. A mediação não é instituto jurídico, mas sim, uma técnica alternativa na solução de conflitos que propõe mudanças na forma do ser humano enfrentar seus problemas. (GARCIA; VERDÁN, 2013, p. 13). (grifei).

Distintamente do sistema adversarial processual que vigora, a mediação busca a estruturação de uma mudança cultural, especialmente no que se refere ao poder dos indivíduos de tomar às decisões que influenciam a realidade em que se encontram inseridos. Conforme Waltrich e Spengler (2013, p. 172) apontam, a mediação, na condição de espécie do gênero justiça consensual, permite uma acepção ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, na qual o escopo de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada proveniente de uma sanção legal. A mediação possibilita um tratamento igualitário entre os envolvidos, na condição de seres humanos, observando as características de cada indivíduo, não comportando qualquer forma de julgamento, mas sim fomentando uma compreensão recíproca e uma responsabilidade compartilhada.

Desconstrói-se a figura da vítima e do agressor, do autor e do réu, erigindo, em seu lugar, os “mediandos”, em situação de igualdade e, a partir da edificação de diálogos e responsabilização compartilhada, amadurecidos para promover, culturalmente, a mudança de paradigmas no enfrentamento do conflito, de modo que não há uma busca sedenta pelo estabelecimento do culpado, mas sim na construção de um consenso proveniente da vontade dos envolvidos. Assim, opondo-se à dogmática processualista tradicional, que busca a eliminação do conflito por meio da simples emissão de um pronunciamento do Estado-juiz, a mediação, alçado a método transformador de uma cultura adversarial, objetiva o enaltecimento da dimensão afetivo-conflituosa, tratando as origens, as causas e as consequências advindas do conflito.

A visão da mediação transformadora sobre o conflito percebe-o como uma situação-problema comum ao convívio e que deve servir de oportunidade ao amadurecimento das relações. Contrariamente, o poder jurisdicional percebe no conflito a lide judicial a qual deve ser posta termo, visto que reflete algum distúrbio ou quebra da ordem social. A decisão autoritária põe fim à lide processual, permanecendo ou até mesmo piorando o conflito, pois na maioria dos casos a determinação

judicial trabalha de forma binária com a ótica de vencedores e perdedores, não satisfazendo muitas vezes o resultado a nenhuma das partes. (BEZERRA, 2011, p. 219)

Supera-se o ranço tradicional de transferir para o Estado-juiz, de maneira exclusiva, a possibilidade para a resolução dos conflitos, notadamente os inseridos na esfera privada, assegurando, por consequência, o empoderamento dos envolvidos, de modo a desenvolver a cidadania e autonomia para a construção de consensos e promover a cultura de paz. Trata-se, com efeito, de privilegiar a autonomia da vontade das partes, ao invés de recorrer a um terceiro que decida por eles, sendo que o Estado-juiz é o último recurso, quando todas as vias de negociação fracassaram. Com destaque, o provimento jurisdicional prestado pelo Estado-juiz, comumente, está revestido apenas da técnica processual, pautado na legislação fria e em precedentes jurisprudenciais, poucas vezes voltando um olhar sensível para as peculiaridades e nuances que emolduram a situação concreta levada a Juízo. Por mais uma vez, há que se resgatar que, diante da política de números e estatísticas que passou a inundar o Judiciário, o qual busca incessantemente demonstrar a concreção do acesso à justiça[3] e a duração razoável do processo, o que importa é a finalização de processos, sem que isso, necessariamente, reflita na construção de consensos entre os envolvidos.

A visão transformativa propiciada pela mediação, consoante Foley (2011, p. 247), permite que o conflito seja encarado como uma oportunidade dúplice, na qual, concomitantemente, há o desenvolvimento e exercício da autodeterminação, consistente no empoderamento[4] dos mediandos, e na confiança mútua, por meio do fomento à reciprocidade entre os envolvidos no conflito. Com destaque, a resposta ideal ao conflito não consiste em buscas desenfreadas e beligerantes de extirpá-lo para promover a resolução do problema; ao contrário, o conflito reclama uma gestão madura, a fim de materializar um processo de transformação dos indivíduos nele envolvidos. Neste passo, a mudança paradigmática de ótica no tratamento do conflito é

responsável por alterar o comportamento dos mediandos diante do dissenso, fomentando a responsabilidade compartilhada e solidarizada, de modo a não estabelecer polos antagonistas, mas sim partes complementares.

A mediação, principalmente o enfoque transformador, traça um novo contexto dentro do qual é possível lidar com as diferenças de forma não binária, convocando para estabelecer uma ponte entre um e outro, sem eliminação e sem fusão, entre esses polos de relação. É um convite para se reconhecer o outro e seu co-protagonismo na solução do problema vivenciado por eles. (SOARES, 2010, p. 113).

Warat (2001, p. 80-81) já se posicionou no sentido que a mediação não está cingida a somente o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos, alheia à moldura factual que enquadra o dissenso entre os envolvidos. De igual maneira, a mediação, na condição de método extrajudicial de tratamento de conflitos, não busca como única finalidade a obtenção de um acordo que, corriqueiramente, não reflete substancialmente a vontade das partes nem permite a responsabilização solidária dos envolvidos. Ao reverso, o fito maior é ajudar os interessados a redimensionar o conflito, compreendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que foram responsáveis por causar a colisão entre as atitudes e os interesses no relacionamento de pessoas envolvidas. A perspectiva valorada não está assentada no ideário puramente acordista, que concebe o acordo como o fim último do processo, o qual transmite o ideário mascarado de tratamento do conflito, colocando fim em mais um número que tramita nos sistemas de gerenciamento de dados dos Tribunais de Justiça. Ao reverso, a ótica privilegiada está calcada na construção paulatina e imprescindível do consenso, no qual o mediador atua na construção de uma relação alicerçada no diálogo, possibilitando o entendimento de sentidos, a partir da determinação da autonomia e empoderamento dos indivíduos.

Como bem assinala Silva (2004, p. 15), “a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer”, sensível às complexas e intrincadas realidades apresentadas por cada indivíduo e que contribuíram para a abordagem do conflito. Deve-se destacar, com ênfase, que “a finalidade de todo o processo é a obtenção de um acordo satisfatório para as partes e o desenrolar do mesmo é feito com base na consensualidade” (RIOS, 2005, p. 11), eis que tão somente assim são alcançadas as soluções que satisfazem os interesses de ambos os envolvidos. Na mediação, os indivíduos não atuam como adversários, porém como corresponsáveis pela solução do conflito, contando com a colaboração do mediador, o terceiro – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito. Acerca do tema, esclarecem Morais e Spengler:

Através deste instituto, busca-se selecionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado. Esse terceiro denomina-se mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas. Com auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e as fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos nas funções jurisdicionais. (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 134).

É necessário colocar em destaque, também, que a mediação, na condição de método de tratamento extrajudicial de conflitos, combate a escalada de desentendimentos decorrentes do moroso e litigioso procedimento adotado no cenário jurídico vigente, não

permitindo que as partes alcancem o conflito extremo, permitido pelo sistema adversarial. “A ideologia ganhador-perdedor vigente no sistema tradicional judiciário é substituída por uma nova abordagem baseada na cooperação entre as partes envolvidas e não na competição” (SANTA CATARINA, 2004, p. 04). Deste modo, a mediação apresenta-se como forma inovadora, no território nacional, de abordagem jurídica e também como alternativa ao sistema tradicional judiciário adotado para tratar os conflitos, nos quais se valoram a cooperação e a disponibilidade em promover a solução, destacando-se, via de consequência, como elementos imprescindíveis para a construção de um consenso entre os mediandos.

É plenamente perceptível que a mediação exige terreno próprio para atuação, em decorrência dos aspectos a que se propõe, notadamente a mudança cultural no tocante ao enfrentamento do conflito, já que suas bases se pautam na busca de um consenso qualitativo que só pode ser alcançado com o tempo e com a mudança cultural das partes que preferencialmente esperam ouvir, atender uma ordem do Estado a tomar uma decisão por si. Sobre tal assunto, Dierle José Coelho Nunes (2011, p. 174) afirma “que existem situações em que os acordos são impostos, mesmo quando sejam inexecutáveis para permitir a pronta “resolução do caso”, com a adequação à lógica neoliberal de produtividade”, e isso, por óbvio, não é o que se espera da mediação de conflitos. Neste passo, a mediação propõe a responsabilização dos envolvidos para tratarem o conflito, de maneira que consenso seja resultante da conjunção de esforços e reflita as vontades dos mediandos, não se traduzindo, via de consequência, em um pronunciamento emanando por um terceiro (Estado-juiz), alheio às nuances e particularidades que emolduram o dissenso.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REVISITANDO A TÁBUA AXIOLÓGICA DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

Cuida assinalar que o vocábulo *princípio* tem seu sentido atrelado ao ideário de começo, gênese, ponto de partida de algo. Quadra apontar que uma das maiores preocupações das últimas décadas, em sede de Ciência Jurídica, envolveu a natureza e a relevância dos

princípios jurídicos. Após a superação dos debates iniciais, tornou-se inquestionável sua natureza normativa, sendo que os princípios deixaram de ser considerados como propostas de cunho irrelevante, despidas de vinculação. Na lição de Miguel Reale (1999, p. 23), os princípios são definidos por *“verdade ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”*. Trata-se, em um primeiro contato, de bastiões dotados de proeminência, eis alicerçam o amplo leque de juízos, orientando, pois, o sistema erigido. Em mesma linha de dicção, Paulo Bonavides (2007, p. 256) explicita que os princípios substancializam verdades objetivas, nem sempre inseridas no mundo do ser, senão do dever-ser, na condição de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. Verifica-se, assim, que aos princípios foi atribuída força normativa, ultrapassando-se o singelo aspecto de sedimento de fundamentação, passando a tremular como flâmula vinculadora do ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho (2011, p. 108-109) assinala que os princípios tem o condão, por vezes, de estabelecer obrigações mais densas e robustas do que as regras, eis que a infringência de um princípio é mais grave do que descumprir uma regra. Tal premissa deriva do ideário que o princípio é uma síntese axiológica, substancializando, por conseguinte, uma síntese axiológica: os valores fundamentais são salvaguardados por meio dos princípios, os quais refletem as decisões essências da Nação. A regra, por seu turno, traduz uma solução concreta e definida, substancializando escolhas instrumentais; os princípios indicam uma escolha axiológica, permitindo a concretização de uma pluralidade de alternativas concretas. Em uma retomada de valores, o Direito passa a gozar de uma robusta consistência e coerência, sendo detentor de uma base concreta as ideologias, os objetivos e as exigências peculiares e caracterizadores da sociedade no qual será aplicado. E, neste cenário de hegemonia axiológica, os princípios, expressos ou não, ascendem a um grau de proeminência singular. *“Passam a ser não só o norte de toda e qualquer interpretação e aplicação do Direito, servindo de alicerce e moldura do ordenamento jurídico, mas configuram normas jurídicas de aplicação autônoma”* (ARAGÃO, 2010, p. 32).

De modo geral, a regra torna válida uma válida uma solução determinada, enquanto o princípio impõe a invalidade de soluções indeterminadas. Em contrapartida, todas as escolhas compatíveis com certo princípio podem ser praticadas – o princípio não fornece solução única, mas propicia um elenco de alternativas, o que exige uma escolha, por ocasião de sua aplicação, por uma dentre as diversas soluções compatíveis com o princípio. A função do princípio reside, basicamente, em excluir a validade das alternativas que sejam contraditórias com os valores nele consagrados [...] (JUSTEN FILHO, 2011, p. 109).

Robert Alexy (2007, p. 86), ao tratar o tema, destaca que os princípios são normas que têm o condão de ordenar que algo seja realizado na maior medida possível, em um cenário de possibilidades jurídicas e reais existentes. Com efeito, há que se reconhecer que os princípios são mandatos de otimização, cujo aspecto caracterizador repousa no sedimento que permite o cumprimento em diferente grau e que a proporção devida de seu cumprimento não apenas reclama as possibilidades reais, mas também as jurídicas. Diante do painel pintado, sobreleva assinala que a tábua principiológica adotada pela Ciência Jurídica usufrui de maciça relevância, notadamente no que concerne ao âmbito administrativo, eis que a atividade administrativa traduz o exercício de poderes-deveres, significando verdadeira vinculação ao fim a ser colimado. “Pode-se dizer, então, que os princípios desempenham função normativa extremamente relevante no tocante ao regime de direito administrativo. Com algum exagero, poder-se-ia afirmar que os princípios possuem influência mais significativa no direito administrativo do que no direito privado” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 109).

Tecidos estes comentários, resta patentemente demonstrada a proeminência dos princípios na contemporânea sistemática, sobretudo devido ao tratamento dispensado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, em que pese o reconhecimento da

robusta tábua axiológica consagrada no *caput* do artigo 37 do Texto Constitucional, compreendendo, de maneira expressa, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o presente se debruça sobre uma cartela peculiar, buscando conceder especial enfoque aos princípios orientadores da *justiça administrativa* [5], propondo uma análise da seguinte plêiade de axiomas: legalidade, isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, segurança jurídica e confiança legítima e devido processo legal, este último corolário maior do sistema processual vigente.

3.1 Princípio da Legalidade

Cuida ressoar, de início, que o Estado Democrático de Direito tem suas bases fundamentais alicerçadas sobre uma dicotomia entre a atuação dos particulares e a atuação do Poder Público. No que tange à atuação dos particulares, dotada de ordem permissiva, é norteada pela máxima do que aquilo que a lei não proíbe, é permitido. Aqui, algumas ponderações são bem-vindas. Pode-se destacar, com altos alaridos, que “se denota a pedra fundante do referido mandamento na redação que inaugurou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto dos ideais advindos do Iluminismo” (VERDAN, 2009, s.p.). Ora, o corolário em comento tem suas balizas fincadas em um período pós-revolucionário, no qual se buscou consolidar os direitos essenciais do indivíduo. Sem perder de vista tal ensinamento, o artigo 8º da Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão trouxe à baila que: “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente publicada” (SÃO PAULO, 2017).

Fato é que os sobreditos postulados tiveram o condão de se desdobrar e produzir consequências no âmbito interno dos países, passando a se irradiar por seus ordenamentos jurídicos, ao tempo em que integravam, de modo claro e robusto, suas Cartas Políticas. No Brasil, por exemplo, “a primeira manifestação de tais ditames foi vislumbrada na Carta Magna de 1824” (VERDAN, 2009, s.p.). Desta feita, é possível verificar que, mesmo se tratando de um período no qual o Estado Brasileiro, quando império, encontrava-se imerso em uma aura de absolutismo e ideários que se contrapunham aos axiomas de

democracia e liberdade, o constituinte positivou tal dogma. Destarte, em um ambiente no qual as ideias de concentração de poder na figura de um único indivíduo, o Imperador, tinha pleno aceite, as concepções emanadas pelo Iluminismo permitiram o favorecimento do princípio da legalidade, mesmo que de forma tão tímida e limitada. Nesta senda, a guisa de exemplificação, pode-se trazer a lume a Constituição Outorgada de 1824, que apresentou essas premissas no artigo 179, sob a égide “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: **I.** Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. (texto na íntegra) (BRASIL, 1824).

A partir da década de 1960, progressivamente, é possível verificar o fortalecimento de uma atmosfera marcada pela maciça repressão, decorrente de um regime ditatorial, cujas características mais substanciais estão atreladas ao total desrespeito as instituições basilares de um Estado Democrático. Com realce, cuida salientar que a década de 1960, no cenário pátrio, inaugurou o período de ditadura militar, caracterizado pela supressão de garantias e pelo aviltamento aos direitos essenciais do indivíduo, bem como pelo desrespeito aos aspectos basilares da Tripartição de Poderes. Subsistiu, assim, o ultraje ao cidadão, enquanto ser humano dotado de potencialidades a serem desenvolvidas, as quais foram abreviadas pelo regime ditatorial adotado.

Todavia, com o decorrer das décadas e a insatisfação popular, buscando o estabelecimento da democracia, tal como dos ideários por ela ostentados, a ditadura militar brasileira ruiu, em meados da década de 1980. Em razão de tais fatos, tornou-se imperiosa a construção de uma Carta Política que agasalhasse, em suas linhas, os anseios básicos da população, bem como os valores ultrajados e desrespeitados por um

regime ditatorial, resguardando, por consequência, a população da manifestação arbitrária do ente estatal. Desta sorte, o constituinte de 1988, influenciado por tais necessidades, inaugurou uma nova ordem, cujo pavilhão orientador estava alicerçado no garantismo constitucional. Neste sentido, ao adentrar nas linhas da Constituição Cidadã, vislumbra-se que o princípio da legalidade, no que concerne ao particular, foi abarcado no artigo 5º, incisos II e XXXIX, como cláusulas pétreas, elencando tal preceito como Direitos e Garantias Fundamentais. Destarte, urge trazer à tona a redação dos referidos incisos, os quais sustentam:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (*omissis*) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (*omissis*) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).

Por outra banda, ostentando o reverso desta liberdade restringida pela lei, ao administrador público só lhe é conferida a capacidade para agir em conformidade com os regramentos alinhados pelo próprio povo na Casa Legislativa ou de internos inerentes aos atos administrativos. Consagrado na redação do *caput* do artigo 37 da Carta de Outubro de 1988, o princípio da legalidade figura, dentro da Administração Pública, como diretriz fundamental, mormente no que concerne aos regramentos de seus agentes. Com efeito, o constituinte desfraldou flâmula orientadora para atuação da Administração Pública, vinculando, via de extensão, o seu comportamento e tomada de decisão em consonância com os baldrames emanados pelo corolário em comento. O mandamento em exame, fruto da evolução política no decorrer de séculos, tem por embrião a criação do Estado de Direito, isto é, o Estado deve respeitar as próprias leis que produz.

Nesta esteira, adotando por preceito as ponderações vertidas até o momento, é possível colocar em destaque que a atividade administrativa, em sua atuação, reclama prévia autorização dos diplomas normativos, pois, caso contrário, materializa atividade ilícita. Ao lado disso, com o escopo de robustecer as ponderações aventadas, é possível evidenciar que “significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 21). Bem se amolda ao esposado a premissa de que a vontade da Administração Pública tem como variante originária o que da lei decorre, ou seja, não se vislumbra uma essência subjetiva, ao contrário tem como ponto de derivação a redação das normas que integram o ordenamento jurídico. “A Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei” (PIETRO, 2013, p. 65). Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

No Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinaladas na ordenação normativa. Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares. Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à

lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo (MELLO, 2013, p. 976).

Ora, é patente que a legalidade, enquanto corolário da administração, implica em o administrador público ter sua atuação condicionada aos mandamentos dos diplomas normativos e às exigências do bem comum. Nesta esteira, ainda, não é possível que aquele se afaste ou mesmo desvie de tais preceitos, sob pena de praticar ato eivado de invalidade, tal como se expor a responsabilidade de essência disciplinar, civil e criminal, conforme a situação concreta materializada. “A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da lei 9.784/99” (MEIRELLES, 2012, p. 89). Desta maneira, resta clarividente que, além da atuação em consonância com o contido nos diplomas normativos, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. No mais, em sede de Administração Pública inexistem liberdade e vontade pessoal.

Neste sentido, inclusive, pode-se frisar, segundo os ensinamentos de Gasparini (2012, p. 61), o princípio da legalidade é a lídima manifestação de estar a Administração Pública, ao exercer sua atividade, atrelada aos postulados insculpidos na lei, não podendo, em hipótese alguma, dela se afastar, pois, caso o faça, a consequência imediata é a invalidade do ato e a responsabilidade do autor. Em aspectos teóricos, pode-se, por fim, gizar que o princípio da legalidade é base de todos os demais princípios que instruem, limitam e vinculam as atividades administrativas, sendo que a Administração só pode atuar conforme a lei. Consoante assentado por Perlingeiro

O princípio da legalidade visa à submissão da Administração ao direito, e a sua previsão nas leis de procedimento administrativo tende a reforçá-lo [...] Ademais, é bom frisar que a Administração deve zelar não apenas pela legalidade ou pela constitucionalidade, mas também pela

convencionalidade, e, dessa forma, está autorizada a descumprir a lei ou a norma administrativa, desde que, sem prejuízo do princípio da subordinação hierárquica, represente aos órgãos de controle competentes para a declaração de anticonvencionalidade ou de inconstitucionalidade (PERLINGEIRO, 2012, p. 10).

Cuida salientar, oportunamente, que deverá a Administração Pública operacionalizar, de maneira eficaz, o procedimento atinente à representação, não sendo, porém, justificável omitir-se ou conformar-se com a legislação considerada inconstitucional ou anticonvencional, aguardando, conforme observa Perlingeiro (2012, p. 10), a intervenção jurisdicional, quer seja nacional, quer seja internacional. “A autoridade administrativa poderá deixar de cumprir a lei ou o ato que considerar inconstitucional ou anticonvencional, representando ao órgão competente para a declaração de inconstitucionalidade ou de anticonvencionalidade” (GRINOVER *et all*, 2012, p. 08). Nesta linha, observa-se que o princípio da legalidade configura verdadeira flâmula de vinculação da Administração Pública, incidindo, inclusive, em sede de jurisdição administrativa.

3.2 Princípio da Isonomia

Em um primeiro momento, prima pontuar que o corolário da impessoalidade administrativa, expressamente inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988, equivale ao princípio da igualdade administrativa e, segundo Ricardo Perlingeiro (2011, p. 106), “não passa de uma especificidade do princípio geral da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, do texto constitucional”. O corolário em apreço preconiza a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontram em idêntica situação jurídica. Nessa linha, para que haja verdadeira igualdade administrativa, é imprescindível que a Administração volte-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, conseqüentemente, o favorecimento de alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Sobre o corolário em

análise, Carvalho Filho (2011, p. 19) já afixou que “como a lei em si mesma deve respeitar a isonomia, porque isso a Constituição obriga [...], a função administrativa nela baseada também deverá fazê-lo, sob pena de cometer-se desvio de finalidade, que ocorre quando o administrador se afasta do escopo que lhe deve nortear o comportamento”.

Ao lado disso, o princípio em destaque, também, está previsto na Lei Nº 9.784/1999, devendo, pois, guiar o conteúdo das decisões e dos atos administrativos, não sendo, em decorrência de tal axiologia, permitido o tratamento diferenciado de cidadãos que se encontram em idêntica situação. Ao voltar uma análise para a concreção do princípio da isonomia, em sede de Poder Judiciário, notadamente nas demandas que orbitam causas de direito público, em que esteja em análise o comportamento ou atuação administrativa de alcance geral, a isonomia que deriva da prestação jurisdicional é duplamente necessária, maiormente em decorrência do dever de igualdade a que a Administração Pública, na esfera material e extrajudicial, sempre estava subordinada. “Resvalando inevitavelmente na justiça administrativa, a impessoalidade da Administração é o epicentro de um dos maiores desafios da doutrina e do legislador contemporâneo, enquanto determinados à diminuição dos processos judiciais repetitivos em matéria de direito público” (PERLINGEIRO, 2011, p. 106).

Não seria lógico que uma atuação administrativa originariamente dirigida à coletividade, uma vez judicializada, fosse oponível tão somente aos que se dispusessem demandar; o Judiciário não pode ser associado a uma exegese capaz de romper com o princípio da isonomia administrativa. Por outro lado, o princípio da igualdade a ser observado pela Administração não serve de justificativa para negar direitos subjetivos. Realmente, conceder a um cidadão um direito que também poderia ser estendido a todos os que estivessem na mesma situação, sem efetivamente estendê-lo, implode a ideia de igualdade. O erro, porém, está no fato de a Administração não

estender esse benefício, e não no fato de o Judiciário reconhecer o direito. (PERLINGEIRO, 2012, p. 11).

Em uma feição mais processual, o corolário da igualdade, também, deve ser invocado na direção de paridade de armas, flâmula do princípio do contraditório, que, neste aspecto, não é materializado com grande clareza nas legislações concernentes aos procedimentos administrativos, a exemplo do que se verifica na justiça administrativa ou no direito processual civil. Mais que isso, consoante Moraes (2012, p. 12), não é permitido ao Poder Judiciário atuar como agente fomentador da estratificação social, pois a Administração Pública está vinculada aos princípios da isonomia e da legalidade. Ao lado disso, cuida salientar que, de acordo com o Código Modelo de Processos Administrativos para Ibero-América, a isonomia da Administração deve ser observada:

Sempre que a questão de fundo de uma pretensão individual estiver relacionada com os efeitos jurídicos de um comportamento administrativo de alcance geral, o desfecho do conflito passará a ser do interesse da coletividade destinatária daquele comportamento e, portanto, a solução deverá advir de uma decisão administrativa, única e com efeitos erga omnes (GRINOVER *et all*, 2012, p. 09).

Entretanto, concretamente, é possível verificar que, em multiplicidade de situações, a vinculação ora mencionada acaba por ser afastada, em decorrência de expressa determinação emanada pelo Poder Judiciário, notadamente quando profere decisões divergentes, acarretando que administrados, em situações fáticas idênticas, tenham tratamento distinto. Há que se reconhecer, no cenário apresentado, que um dos maiores desafios do direito administrativo contemporâneo está relacionado à ausência de uniformidade das decisões de cunho administrativo, no que concerne aos interessados na mesma situação fática, “alimentando a pluralidade de demandas repetitivas, principalmente na esfera jurisdicional, com o potencial de abalar a

segurança jurídica” (PERLINGEIRO, 2012, p. 11). Assim, é imprescindível, sobretudo para salvaguardar a segurança jurídica, decisões isonômicas, diante de situações similares, evitando-se, por extensão, as contradições em julgamentos que reúnem os mesmos elementos e desencadeiam pronunciamentos distintos.

3.3 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

De início, o princípio da razoabilidade preconiza que a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em alinhamento ao senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que sustentaram a outorga da competência exercida. Insta mencionar, oportunamente, que se pretende colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas as condutas que discreparem da razoabilidade, incoerentes ou praticadas em desacordo às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada, consoante aponta Mello (2013, p. 111). Mister faz-se, colacionar o entendimento do Supremo Tribunal Administrativo Português, ao julgar o Recurso Jurisdicional Nº JSTA00068476, de relatoria de Dulce Neto:

Sustentar a existência de discricionabilidade administrativa perante conceitos indeterminados e a sua insindicabilidade jurisdicional porque existem casos em que pode ser admitido mais do que um ponto de vista razoável ou casos em que pode subsistir uma dúvida ineliminável, é ignorar que o que se deve essencialmente controlar é o plano de justificação normativa que tem de servir de base à actividade de interpretação e integração dos conceitos, é a adequação e a idoneidade do processo de avaliação e valoração escolhido e dos parâmetros utilizados, e é a congruência e a razoabilidade da solução encontrada e da decisão tomada. (PORTUGAL, 2014).

O princípio da proporcionalidade, por seu turno, enuncia que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondente ao que seja, concretamente, demandado para cumprimento da finalidade do interesse público a que estão vinculadas. “Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência” (MELLO, 2013, p. 113), superando, assim, os limites que naquele caso lhe corresponderiam. Como Perlingeiro aponta (2012, p. 10), apesar de ambos os princípios serem mencionados no artigo 2º da Lei Nº 9.784/1999, apenas o corolário da proporcionalidade foi explicitado, notadamente quando estabelece que é vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas consideradas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, devendo, pois, haver adequação entre meios e fins. Em tom de complemento ao exposto, Pietro, em sua obra, acena no sentido que:

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas seguindo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução [...] Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado os

limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade (PIETRO, 2013, p. 81).

Quadra apontar, oportunamente, que essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa –, adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, questões pertinentes ao direito administrativo. Ao lado disso, cuida anotar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são cânones do Estado de Direito, bem como regras que tolhem toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. Ademais, consoante Piske (2011, s.p.), os preceitos ora mencionados são responsáveis por obstar o próprio alargamento dos pontos limítrofes do Estado, ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, sendo, portanto, dotados de força cogente, no que concerne à sua normatividade e vinculação, inclusive da Administração Pública.

Há que se rememorar que o princípio da proporcionalidade ambiciona inibir e neutralizar o abuso do Poder Público no exercício de suas funções que lhes são inerentes. A partir de tal perspectiva, o postulado em apreço, na condição de categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como parâmetro para aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. “Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável”, consoante já decidiu o Ministro Celso de Mello, ao relatoriar o Habeas Corpus Nº 111.844 (BRASIL, 2017d), prevenindo, assim, a produção, em sede de comportamento institucional, de

situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, subversão dos fins que orienta o desempenho da função estatal. Nesta esteira, ainda, é possível salientar que os princípios em comento encontrarão sedimento autorizador de sua incidência, em conjunto com os corolários da legalidade, da igualdade e da segurança jurídica, notadamente quando se verificar a atuação discricionária da Administração Pública.

3.4 Princípios da Segurança Jurídica e da Confiança Legítima

O princípio da segurança jurídica opera como limitante ao poder de autotutela da Administração, eis que o desfazimento dos atos, das normas ou das decisões administrativas, quando inquinados de ilegalidade, mas que tenham produzido efeitos favoráveis aos administrados, reclama processo judicial e deve ocorrer, em uma ótica objetiva, somente dentro de prazo determinado, ressalvada a hipótese de comprovação de má-fé, ou, em uma seara subjetiva, quando não implicar quebra de confiança do interessado na estabilidade do comportamento da Administração. Expressamente incluído no artigo 2º, *caput*, da Lei Nº 9.784/1999, o corolário em comento buscou vedar a aplicação retroativa da nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Pietro aponta que:

O princípio [da segurança jurídica] se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação em determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera segurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa (PIETRO, 2013, p. 85).

Nesta esteira, apontar é carecido que o princípio da segurança jurídica não deve ser empregado como obstáculo que impeça a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Em sobredita situação, prima sublinhar que não se trata de mudança da interpretação, mas sim do reconhecimento da ilegalidade que inquina o ato administrativo, produzindo, em decorrência disso, efeitos retroativos, porquanto atos ilegais não têm o condão de gerar direitos. Consoante anota Perlingeiro (2012, p. 11), em sede de direito administrativo francês, o princípio da segurança jurídica está vinculado aos princípios da irretroatividade e do respeito aos direitos adquiridos (situações consolidadas legalmente). “Caso haja modificação de uma situação estabilizada, porém ilegal, a Administração francesa concilia os princípios de segurança jurídica com a ‘obrigação de restabelecer uma situação conforme o direito’ e, assim, a decisão administrativa constitutiva de ‘direitos’ *contra legem* podem ser desfeita, mas desde que dentro de um prazo” (PERLINGEIRO, 2012, p. 11).

Convém, ainda, salientar que o ideário axiológico da segurança jurídica tem estreita relação com a boa-fé, eis que, se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode, posteriormente, vir a anular atos anteriores, sob o argumento de que esses foram praticados com arrimo em equivocada interpretação. “Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada” (PIETRO, 2013, p. 86). Ora, se a lei deve respeitar o direito adquirido, salta aos olhos que o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por obediência ao princípio da segurança jurídica, é inadmissível que o administrado tenha seus direitos flutuando sabor de interpretações variáveis e oscilantes com o decurso do tempo.

Quanto ao princípio da segurança jurídica, a lei brasileira de procedimento administrativo, passível de críticas, adotou as seguintes regras: 1. Vedação da interpretação retroativa de norma administrativa (art. 2º, XIII); 2. Necessidade de motivação quando não se aplicar jurisprudência administrativa ou

súmula vinculante (arts. 50, VII, e 64-A); 3. Necessidade de motivação dos atos ou decisões que importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (art, 50, VIII); 4. Respeito aos direitos adquiridos como condição à revogação dos atos administrativos (art. 53); 5. Decadência de 5 (cinco) anos do poder de anular atos administrativos com efeitos favoráveis, salvo comprovada má-fé (art. 54); 6. Possibilidade de convalidação de atos com defeitos que não acarretem lesão ao interesse público ou a terceiros (art. 55) (PERLINGEIRO, 2011, p. 107-108).

O princípio da confiança legítima, também denominado de princípio da proteção à confiança, por seu turno, está atrelado a uma dimensão subjetiva da boa-fé baseada nos direitos fundamentais, e derivado da segurança jurídica e do Estado de Direito. “Na realidade, o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros” (PIETRO, 2013, p. 87). Cuida assinalar que no direito brasileiro não há previsão expressa do princípio da proteção à confiança, o que não significa que ele não decorra implicitamente do ordenamento jurídico. Nesta toada, o princípio em comento salvaguarda a boa-fé do administrado, ou seja, a confiança que se protege é aquela que o particular deposita na Administração Pública. Ora, há que se reconhecer que o particular confia em que a conduta da Administração esteja correta, de acordo com os ditames legais e axiológicos.

3.5 Princípio do Devido Processo Legal

De plano, quadra anotar que o corolário do devido processual legal o princípio fundamental da ordem jurídica, no que se diga, principalmente e especificamente, ao processo. Importante observar que o princípio do devido processo legal não possui tão somente relação com os princípios já mencionados anteriormente neste artigo, mas também com o princípio da

legalidade e da legitimidade. Nesse propósito, Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 131), afirma que o devido processo legal é o “Processo devidamente estruturado, mediante o qual se faz presente a legitimidade da jurisdição, entendida jurisdição como poder, função e atividade”. Nesse mesmo diapasão, cuida transcrever o magistério de Acquaviva (2001, p. 34), em especial quando assevera que o princípio do devido processo legal: “Gera a garantia de que todo e qualquer processo se dá em relação a fatos cuja ocorrência é posterior às leis que os regulamentam; significa também que o poder Judiciário deve apreciar as lesões e ameaças à liberdade e aos bens dos indivíduos”.

Baptista (1997, p. 12) registra que “o processo tem de se submeter a um ordenamento preexistente e, se este alterar, estando em curso o processo, os atos já realizados serão respeitados”. Alvim (1999, p. 64), destaca que um dos exemplos do devido processo legal se encontra suscitado no princípio de que *nula poena sine iudicio*, ou seja, não há pena sem processo. No ordenamento jurídico, o princípio do devido processo legal está garantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, o qual reza que: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Para Fredie Didier Júnior (2009, p. 29-30), “o aludido princípio consiste no postulado fundamental do processo, podendo ser aplicado genericamente a tudo que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade. Inclusive na formação de leis”. Destarte, segundo ainda o eminente e considerável processualista:

O devido processo legal aplica-se, também, às relações jurídicas privadas, seja na fase pré-contratual, seja na fase executiva, por a Constituição brasileira admitir através de sua “moldura axiológica” a ampla vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nela erigidos, de modo que não só o Estado como toda a sociedade podem ser sujeitos passivos

desses direitos (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 29-30).

Importante destacar que, no entendimento majoritário, o devido processo legal representa um sobreprincípio, supraprincípio ou ainda princípio-base. Ademais, destaca-se que a dilatação das normas das garantias constitucionais processuais, bem como as penais e processuais penais não é um acontecimento somente brasileiro. Com a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos por diversos países do mundo, ocorreu paralelamente a este fato, o alargamento especial dos direitos e garantias nela apreciados no domínio europeu. Isto é, por meio de uma explanação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em concordância com o disposto na Convenção da Europa, verifica-se, atualmente, o eficaz aumento da definição dos direitos essenciais e fundamentais previstos constitucionalmente.

Neste mesmo diapasão, é necessário acordar que o artigo 6º, inciso I, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, estabelece, dentre outros, o direito a um processo equitativo (o que seria o devido processo legal, mormente, o direito a um processo pisado na celeridade, ou seja, em um prazo aceitável e, que seja analisado, publicamente, por um tribunal ou foro autônomo e imparcial). Jansen, nesse patamar, afirma que:

É preciso que se diga que o princípio do devido processo legal inicialmente tutelava especial o direito processual penal, mas já se expandiu para processual civil e até para o administrativo. Em uma nova fase, invade a seara do direito material (JANSEN, 2014, s.p.).

Há que se reconhecer que o devido processo legal, na condição de pilar robusto do sistema processual, compreendendo a esfera judicial e a órbita extrajudicial, reclama a imperiosa observância, já que encerra em seu âmago plural leque de princípios e corolários que norteiam a marcha processual, assegurando um desenvolvimento garantista e voltado para a busca da verdade real, sem que isso implique em desatendimento

das estruturas axiológicas consagradas. José Afonso da Silva frisa, também, que:

O princípio do devido processo legal combinado com o direito de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV), fecha o ciclo das garantias processuais. Assim, garante-se o processo com as formas instrumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um, o que é seu (SILVA, 2005, p. 431-432).

Anelada a estes entendimentos, destaca-se que o referido princípio é constitucionalmente aninhado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que através da limitação da atuação do Poder Estatal, visa a tutelar os bens maiores dos cidadãos, tais sendo vida, liberdade e propriedade. As ações estatais (jurisdicionais, legislativas ou administrativas) serão legítimas se implementadas sem atingir ou malferir arbitrariamente estes bens jurídicos mais essenciais do homem. Desta forma, legislador, administrador e julgador são dotados de poderes confinados pela exigência de respeito a esses valores fundamentais, e qualquer transgressão abusiva a estes limites, configura-se como violação à garantia do devido processo legal.

Reveste-se o *due process of law* da qualidade de postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, que funde, agrega, sedimenta em seu conceito, de forma harmônica, os mais variados princípios constitucionais – como o direito a um procedimento ordenado, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à razoabilidade/proporcionalidade, à igualdade, à publicidade etc., todos eles oponíveis aos diferentes Poderes do Estado. E é a concretização deste princípio-síntese (*due process of law*) que assegura ao homem o amplo acesso a uma ordem jurídica justa.

Nota-se que ele é um amálgama, e não mera justaposição, de princípios. Justamente por ser a síntese,

enquanto em determinadas situações um dos princípios cede passo em favor de outro, pode dizer-se que o devido processo legal sempre é aplicável em sua inteireza. Pode-se, ainda, dizer que o referido princípio é uma instituição jurídica provinda do direito-anglo-saxão e, portanto, de um sistema diverso das tradições romanas ou romano-germanas, quais os ibéricos e francês, por exemplo), no qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei, sendo ele originado na primeira constituição, conforme mencionado anteriormente.

Já no preceito de cunho constitucional, o corolário em comento adapta-se como garantia não somente pessoal, mas também coletiva, extravasando a esfera de abrangência original e adaptando-se aos diversos ramos do direito, podendo avançar também como o próprio poder legislativo do Estado, como uma restrição imposta ao próprio ato de se fazer uma lei, podendo então ser denominado como devido processo legislativo. Verifica-se que o Princípio do Devido Processo Legal é miscigenado por diversas ramificações que possuem o condão de garantir aos cidadãos um procedimento judicial justo, eficaz e com direito de justificação, carecendo o Juiz estar submetido às características processuais e materiais deste princípio.

4 O EMPREGO DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DISCIPLINAR (PAD)

Sensível às ponderações apresentadas até o momento, no que toca ao cunho ambicionado pela mediação e os princípios norteadores da Justiça Administrativa, faz-se carecido assinalar que, tradicionalmente, os mecanismos de controle administrativo disciplinar empregados pela Administração Pública eram considerados dotados de cunho unicamente sancionatório, moldando-se a compreensão de um direito dotado de ordem punitiva. Entrementes, ao se conceber, em decorrência das contemporâneas inovações no sistema processual, a possibilidade de empregar a mediação, o PAD sofre substancial modificação em sua concepção tradicional, ultrapassando o aspecto

meramente de controle e passando a ceder espaço para uma visão negocial, fincada na pacificação social. “Em que pese estarem calcadas sob o mesmo fundamento, esta proposta diferencia-se dos modelos de suspensão do processo administrativo disciplinar e realização de termo de ajustamento de conduta com o servidor público” (ROGERIO; DIAS, s.d., p. 22).

Assim, ao se estabelecer a possibilidade e materialização do emprego da mediação nos processos de cunho administrativo e disciplinar, proporciona-se a plena participação dos envolvidos, atuando de forma ativa, sem a presença de intermediadores. Logo, os envolvidos serão ouvidos pelo mediador e, em última análise, pelo Estado e, sobretudo, terão o poder de decidir acerca da composição do conflito. “Trata-se do reconhecimento do servidor na condição de cidadão. Ele será identificado enquanto sujeito de direitos, unidade dissociada do organismo estatal, possuidor de interesses individuais. Além disso, sua participação terá reflexos na decisão pela comissão ao final do PAD” (ROGERIO; DIAS, s.d., p. 22). Desta feita, a conclusão alcançada será considerada como legítima, porquanto advém da confluência entre os interesses dos envolvidos, ou seja, os envolvidos terão amadurecido para a problemática e para o processo, o que, por via de extensão, eivará de legitimidade a decisão do PAD.

Repise-se que a conclusão resultante da mediação será considerada legítima, porquanto seus formadores são os próprios interessados. Destarte, estarão eles vinculados ao compromisso avençados, porque se comprometeram em suas possibilidades. Além disso, é oportuno destacar que “mesmo que da mediação não resulte a composição do conflito, os envolvidos terão amadurecido para o problema e para o processo, o que, por conseguinte, comportará legitimidade também a decisão do PAD” (ROGERIO; DIAS, s.d., p. 22). Logo, as ordens derivadas da decisão serão melhor aceitas pela compreensão dos fatores que as ensejaram.

No mais, há que se reconhecer que todo o processo de mediação tem como foco a obtenção de resultados qualitativos, compatíveis e harmoniosos com o princípio da eficiência. Desta sorte, o

emprego de tal método no processamento do PAD acarretará otimização, tendo por escopo a resolução de algumas demandas em seu hodierno curso. Ademais, a adoção da mediação não viola outros princípios constitucionais, inclusive o corolário da legalidade. Deve-se, ainda, reconhecer que o PAD alberga em seu bojo um conflito, logo, não se trata apenas de uma investigação, porquanto aquele carrega uma disputa interpessoal entre o servidor a que se está apurando a responsabilidade e o denunciante, sendo ele servidor ou pessoa alheia à administração. “É importante considerar que, por vezes, a situação denunciada nem mesmo requer a instauração do PAD ou verifica-se que não há qualquer indício que leve a concluir a existência de suposta falta por parte do servidor” (ROGERIO; DIAS, s.d., p. 23), sendo patente a desavença de cunho pessoal.

Verifica-se, portanto, que o emprego da mediação, em sede de Administração Pública, sobretudo no que toca ao procedimento administrativo e disciplinar, encontra plena incidência, porque objetiva promover, a partir da via dialógica e reflexiva, o empoderamento e amadurecimento dos envolvidos, de maneira a ultrapassar o cunho meramente sancionatório contido no procedimento em comento. Igualmente, a formação da via dialógica entre os envolvidos na disputa evita a ampliação do número de outras desavenças, pois estariam predispostos ao diálogo como primeira alternativa. Por derradeiro, o uso do método seria capaz, em longo prazo, de promover a redução do número de reclamações e, por consequência, melhoraria a eficiência administrativa no campo da gestão de pessoas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cenário apresentado, é possível pontuar que, conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também nomeada de “Constituição Cidadã”, assegurar, formalmente, o acesso à justiça, há que se salientar que o Poder Judiciário, em decorrência do pragmatismo existente e da visão processual adotada, diariamente, frustra a promoção de tal direito. Na realidade, a busca insaciável por diminuição de processos, com emissões de pronunciamentos do Estado-juiz, pautado, corriqueiramente, na

distorcida visão do acordo como elemento de satisfação das partes, apenas atende o aspecto quantitativo de índices e dados que buscam demonstrar que o Judiciário, como zeloso e sensível Poder constituído, trava uma batalha pela materialização do princípio da duração razoável do processo. Ora, a falaciosa cultura acordista, adotada no modelo nacional, não trata o conflito nem as causas que o desencadeiam; ao reverso, fomenta apenas o tradicionalismo adversarial arraigado que, imperiosamente, agrupa os envolvidos em polos conflitantes que, uma vez infantilizados pelo monopólio na solução dos litígios, transferem ao terceiro, Estado-juiz, a capacidade de gerir o dissenso e determinar, a partir do arcabouço jurídico posto, qual dos envolvidos é detentor do direito pleiteado ou mesmo quem ganha e quem perde.

Em oposição à visão negativa de abordagem dos conflitos, a mediação, como método extrajudicial de tratamento dos dissensos, busca promover uma mudança cultural, pautada no empoderamento dos envolvidos, de modo que, a partir do diálogo e amadurecimento dos mediandos, seja possível estabelecer uma responsabilização compartilhada, em substituição à figura do culpado, culminando na construção de consensos que decorram, de fato, da confluência da vontade dos envolvidos. Não mais vigora a ideologia dualística do ganhador-perdedor, mas sim uma ótica segundo a qual o diálogo estruturado permite que ambos os envolvidos experimentem uma nova percepção do conflito, algo intrínseco e inseparável da convivência em sociedade. A cultura de empoderamento dos indivíduos possibilita que seja desenvolvida uma autonomia participativa que refletirá diretamente na construção dos consensos formados, eis que derivarão da conjunção de esforços e anseios dos envolvidos.

Mais que isso, o papel da mediação, em sede de PAD, seria o de promover o amadurecimento, no servidor, do senso de responsabilidade ética e moral, tornando-o mais consciente do seu papel na condição de funcionário público. Além disso, o (re)estabelecimento do diálogo durante o procedimento seria determinante na manutenção do bom relacionamento profissional ou aumento da satisfação de pessoa alheia a administração na prestação do serviço público. Em uma escala

maior, através da mediação, a Administração Pública estaria a realizar o fim de pacificação social, as controvérsias estariam sendo resolvidas em seus cerne, evitando a multiplicação de outros conflitos atinentes às mesmas relações frustradas.

REFERÊNCIAS:

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. *Dicionário acadêmico de direito*. 2. Ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. PULIDO, Carlos Bernal (trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. *Expressão Normativa dos Direitos Fundamentais e a Natureza Jurídica dos Princípios*. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEZERRA, Tício. A Mediação enquanto instrumento de Emancipação da Cidadania e de Democratização da Justiça e do Direito. *Revista Direito & Sensibilidade*, 2011, p. 211-226. Disponível em: . Acesso 17 jan. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. *Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017a.

_____. *Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017b.

_____. *Lei Nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017c.**

_____. *Supremo Tribunal Federal*. **Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017d.**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

FOLEY, Gláucia Falsarella. A Justiça Comunitária para Emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César (org.). *Justiça Restaurativa e Mediação: Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos Sociais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

GARCIA, Cláudia Moreira Hehr; VERDAN, Tauã Lima. A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Críticas à Efetivação do Instituto de Composição de Litígios, a partir de uma análise construtiva das tradições *Civil Law* e *Common Law*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; *et all.* (org.). *Mediação Judicial e Garantias Constitucionais*. Niterói: Editora do PPGSD, 2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et all.* *Projeto de Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América.* Buenos Aires: Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 7 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MORAES, Vânia Cardoso André de. O Princípio da Igualdade na Jurisdição Administrativa e a Extensão da Coisa Julgada a Terceira. *In: I Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades. ANAIS...*, 2012, Niterói-RJ, p. 01-32. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho Nunes. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2011.

PERLINGEIRO, Ricardo. A Justiça Administrativa Brasileira Comparada. *Revista CEJ.* Brasília, a. 16, n. 57, p. 6-18, mai.-ago. 2012. Disponível em: . Acesso 17 jan. 2017.

_____. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica. *Revista Interesse Público.* Belo Horizonte, a. 13, n. 68, p. 93-126, jul.-ago. 2011. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo.* 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PISKE, Oriana. *Proporcionalidade e Razoabilidade: Critérios de Intelecção e Aplicação do Direito*. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017.

PORTUGAL. *Supremo Tribunal Administrativo*. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROGÉRIO, Taiz; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade no processo administrativo disciplinar**. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017.

SANTA CATARINA (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Mediação Familiar: Formação de Base*. Florianópolis: 2004, 98p. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017.

SÃO PAULO (ESTADO). *Universidade de São Paulo*. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017.

SILVA, João Roberto da. *A Mediação e o Processo de Mediação*. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Samira lasbeck de Oliveira. *Mediação de Conflitos Ambientais: Um novo caminho pra a Governança da Água no Brasil?*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *Jurid Publicações Eletrônicas*, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 17 fev. 2017.

WALTRICH, Dhieimy Quelem; SPENGLER, Fabiana Marion. Reflexões acerca da Mediação Comunitária como Estratégia Prática de Cidadania Participativa. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, a. 17, n. 25, 2013, p. 161-181. Disponível em: . Acesso em 17 jan. 2017.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

NOTAS:

[1] No presente, será empregada a expressão “tratamento” ao invés de “resolução” de conflitos, perfilhando ao entendimento apresentado por Fabiana Spengler (2010, p. 26), no qual os conflitos sociais não são passíveis de serem “solucionados” pelo Poder Judiciário na acepção de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou mesmo esclarecê-los. Tal fato deriva do princípio que a supressão dos conflitos é algo relativamente raro. É rara, também, na ótica adotada, a plena resolução das causas, das tensões e dos contrastes que originam os conflitos. Deste modo, a expressão “tratamento” apresenta-se mais adequada na condição de ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito, objetivando uma resposta satisfatória.

[2] Conquanto o autor empregue o termo “resolução”, pelas razões aduzidas em nota anterior, será mantida a expressão “tratamento”, ao abordar os conflitos.

[3] No presente, a locução “acesso à justiça” é empregada de maneira restrita como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, enfatizando as críticas do autor às políticas estabelecidas até o momento, materializando o monopólio do Estado em “tratar” os conflitos. Com efeito, acesso à justiça compreende múltiplas ferramentas, dentre as quais a possibilidade dos indivíduos de tratarem os conflitos em que se encontram inseridos, gozando da faculdade de recorrer ao Estado-juiz apenas quando todas as demais possibilidades restaram frustradas.

[4] A expressão “empoderamento” é utilizada como um conceito associado à autonomia, desenvolvida em um processo paulatino, amadurecido e consciente de transformação pessoal por meio do qual os indivíduos passam a controlar suas vidas. Com efeito, a expressão “empoderamento” passa a emprestar substância a uma ideologia segundo a qual é possível assegurar que cada indivíduo exerça sua autonomia e autodeterminação de maneira plena, consciente e madura, notadamente no tocante ao tratamento dos conflitos e dissensos gerados do convívio em sociedade, a fim de assegurar a responsabilização compartilhada, em detrimento da cultura tradicional que busca identificar culpados e transferir responsabilidades.

[5] Neste sentido: Em sede de exposição de motivos do Projeto de Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover *et all* (2012, p. 04) faz expressa menção aos corolários fundamentais do processo administrativo extrajudicial: “Os princípios fundamentais do processo administrativo extrajudicial foram classificados quanto à sua natureza material ou processual. Os princípios que regem a Administração, na dicção do Projeto, são os da constitucionalidade, convencionalidade, legalidade, moralidade, boa-fé, impessoalidade, publicidade, eficiência, motivação, proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica e confiança legítima (art. 2o). Além destes, incluem-se como princípios próprios do processo administrativo extrajudicial os da isonomia, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo, oficialidade, verdade material, preclusão administrativa e formalismo moderado (art. 4o)”.

A NOVA VISÃO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROPRIETÁRIO DA COISA

LUIZ VENÂNCIO CATHARINO LOURENÇÃO:

Orientador: MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

RESUMO: Esse artigo visa explorar os tipos de responsabilidade que recaem sobre o proprietário do imóvel, analisando, de forma clara e objetiva, as espécies de proprietário e a respectiva. Também analisando o entendimento dos doutrinadores sobre o tema e as atuais decisões proferidas pelos Tribunais que delineiam a inicial presunção do dano até sua efetiva responsabilidade.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1. ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 1.1 TIPOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 2. NATUREZA PROPTER REM. 3. DANOS. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

ABSTRACT: The purpose of this article is to explore the types of responsibility that are borne by the owner of the property, analyzing clearly and objectively the types of owner and the responsibility of each one of them.

In addition, we will analyze the view of doctrinators on the subject and the current decisions given by the Courts that outline the initial presumption of the damage until its effective responsibility.

INTRODUÇÃO

O presente artigo intitulado “A Nova visão sobre a Responsabilidade Civil do Proprietário da Coisa” objetiva analisar quais são as responsabilidades do proprietário do imóvel. Para tanto, inicialmente, abordaremos a responsabilidade civil de um modo geral, ou seja, aquela onde o homem responde pelos danos que causa.

Nesse âmbito, (Dias, 1937) insurge-se contra o conceito de responsabilidade sobre o simples fato de que a coisa, não possui personalidade civil e capacidade de direito e de fato. Nesse mesmo diapasão (Mazeaud, 1929) ao proclamarem que "o fato" provocado por uma coisa inanimada é inconcebível: a exemplo de quando uma caldeira explode, é porque acenderam o fogo; ou quando o automóvel atropela o pedestre, é porque o motorista o colocou em movimento. Assim por trás de uma coisa inanimada, há inexoravelmente o fato ou ação de um homem.

Já os doutrinadores (Ripert, 1937) entendem inexistir a distinção entre as coisas mais perigosas e menos perigosas propostas por (Marty e Raynaud, 1916). Necessitou-se grande esforço doutrinário para que o direito se desprendesse daquele conceito, para que enunciasse o princípio segundo o qual se construísse a teoria da responsabilidade do fato das coisas. Pormenorizando essa fase evolutiva, o direito francês, como o fato dos animais e ruína dos edifícios.

Assim, trazendo para o plano da propriedade a primeira concepção a ser verificada seria a da guarda, sendo vista como aquela que exprime o conceito de responsabilidade de pleno direito, ligando a certo poder sobre a coisa. Para (Marty e Raynaud, 1916) a detenção material de uma coisa não basta para que possa figurar como guardião. Liga-se a essa concepção guarda jurídica do que ao conceito de guarda material.

Ou seja, o proprietário é presumido como o guardião da coisa, diante disso, em ocorrendo um fato danoso, contra ele, presume-se pela culpa, sendo que embora seja esta uma presunção relativa, nem sempre o proprietário tem o uso direto, guarda da coisa.

Nesse sentido, (Mazeaud, 1929) salienta que essa responsabilidade do proprietário é alternativa, logo a vítima não pode em todos os casos voltar-se contra o proprietário. Pode assim o dono da coisa elidir a guarda presuntiva da coisa mediante provas que, outra pessoa se servia da coisa, seja por locação, comodato, arrendamento, depósito ou penhor, sendo que, com isso, a responsabilidade passa do proprietário ao cessionário.

Existem recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça que admitem a hipótese de que todos condôminos arque com a responsabilidade repartida por danos causados a terceiros, quando ocorre à impossibilidade de se identificar o exato ponto de onde originou a conduta lesiva. Isentando, no caso em comento, os titulares de apartamentos que não possuam janelas ou sacadas para a via pública, onde a recorrida foi atingida, e responsabilizando apenas os proprietários de unidades de onde poderia ter caído ou sido lançado o objeto que atingiu a vítima, adotando assim o “princípio da exclusão” daqueles que não poderiam ter concorrido para o fato. (RTSTJ 116/259).

A responsabilidade a que se refere o Art. 1.529 (novo art. 938 do CC) também é classificada como objetiva, recaindo sobre o habitante da casa e não sobre o proprietário que a aluga e reside em outro local. (<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39536,1>, <http://conjur.estadao.com.br/static/text/46343,1>).

1. ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Está é, indubitavelmente, um dos temas mais problemáticos da atualidade jurídica, haja vista sua expansão no direito moderno e, principalmente, seus reflexos nas atividades humanas, sejam elas contratuais ou extracontratuais.

A sociedade necessita a todo momento de prestação jurisdicional, onde o Estado utilizará a “Responsabilidade Civil” para dizer o direito, ou seja, dar suporte a Parte que teve diminuído um patrimônio, ou socorrer a Parte que sofreu danos morais.

A ideia de responsabilidade civil relaciona-se à noção de não prejudicar outro. A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem aquele que causar o dano a repará-lo, em razão de sua ação ou omissão.

Nas palavras de Rui Stoco:

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana”

(STOCO, 2007, p.114).

1.1 Tipos de Responsabilidade Civil

A Responsabilidade Civil pode ser apresentada por sob diferentes espécies, conforme perspectiva que se analisa. Conforme a Respeitável Doutrina de Maria Helena Diniz, essas espécies podem ser classificadas da seguinte forma:

a. Quanto ao seu fato gerador:

Responsabilidade Contratual – A responsabilidade contratual surge quando há por parte de um dos contratantes, o descumprimento total ou parcial do contrato. Resultando assim, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação.

Cabe aqui registrar, na responsabilidade contratual o ônus da prova compete ao devedor, que deve provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou a qualquer excludente do dever indenizatório, conforme preceitua os arts. 1.056 e 1.058 do Código Civil vigente.

Responsabilidade Extracontratual ou Aquiliana – Surge quando devido ato ilícito uma pessoa causa dano a outra, ou seja, quando a pessoa

em inobservância aos preceitos legais, causa dano a outrem, conforme expressamente estabelecido no art. 927 do Código Civil.

Imperioso apontar, nessa espécie de responsabilidade não há relação de obrigatoriedade entre as Partes, sendo assim, tal obrigação decorre da inobservância de um dever legal de não causar dano a outrem.

b. Quanto ao fundamento:

Responsabilidade Subjetiva – Para a caracterização de referida responsabilidade, imprescindível se faz a comprovação da culpa. Dessa forma, necessita que a Vítima comprove a culpa do Agente do ato ilícito.

Responsabilidade Objetiva – Tal responsabilidade se caracteriza na teoria do risco, ou seja, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo Autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, conforme preconiza o Parágrafo Único do art. 927 do Código Civil.

Ressalva destacar, que na responsabilidade objetiva não necessita de comprovação da culpa por parte do prejudicado, necessitando apenas a ocorrência do ato ilícito.

c. Quanto ao agente:

Responsabilidade Direta – Quando o ato ilícito é praticado pelo próprio agente. Nesse caso o agente responderá por seus próprios atos.

Responsabilidade Indireta – Quando o ato ilícito decorre terceiro, com o qual o Agente possui vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.

2. NATUREZA PROPTER REM

Primeiramente vamos analisar os conceitos dos direitos reais e patrimoniais. Os direitos reais, segundo Loureiro (P. 1139, 2012) previstos no artigo 1.225 do Código Civil, que traz a dominação sobre a coisa, sendo essas passíveis de posse. Em outro contexto, os direitos

patrimoniais constituem um conjunto de bens, direitos e obrigações de pessoas físicas ou jurídicas.

Com tal conceito, podemos visualizar o conceito da obrigação propter rem.

As obrigações propter rem são conhecidas como obrigações híbridas, ou ambulatórias, por permanecerem entre os direitos patrimoniais e os direitos reais, perseguindo a coisa onde quer que ela esteja, ou seja, tem caráter híbrido devido não decorrer da vontade do titular, mas ainda sim decorrer da coisa.

Para a doutrinadora Maria Helena Diniz (p.29, 2012) a obrigação surge no momento que o titular do direito real é obrigado a satisfazer certa prestação, devido a sua condição.

Noutros dizeres, a obrigação propter rem nasce de uma relação entre o proprietário e o possuidor do bem, e essa obrigação decorre da existência da coisa. Conclui-se que a obrigação é imposta ao adquirente da coisa, que se obriga a adimplir, arcar com as despesas desta.

O código Civil de 2002 trouxe esta obrigação no artigo 1.345:

O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios.

Para que declare extinga a obrigação é necessário a desvinculação da titularidade da coisa.

Retiramos da jurisprudência dois exemplos de obrigações propter rem, senão vejamos:

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que na relação entre condômino e condomínio, poderá o titular do direito da coletividade (condomínio) eleger como devedor das despesas como sendo o possuidor

ou o proprietário. Despesas Condominiais. Cobrança. Ilegitimidade passiva ad causam. Preliminar rejeitada pela sentença. Reiteração em sede recursal. Impropriedade. A contribuição para as despesas do condomínio edilício constitui obrigação de natureza "propter rem", onde a situação jurídica do obrigado representa uma amálgama de direito pessoal e real, não tendo preponderância, para efeito de legitimação passiva ordinária, a condição de possuidor ou proprietário da unidade autônoma sobre a qual recai a obrigação, pois prevalece, em contrapartida, o interesse da coletividade dos condôminos na obtenção de recursos para manutenção da propriedade coletiva comum, podendo o condomínio credor eleger devedor aquele que possui uma relação jurídica vinculada à unidade autônoma, a exemplo do réu na qualidade de titular da unidade autônoma perante o registro imobiliário. Preliminar rejeitada. (Apelação nº 0103399-04.2007.8.26.0001. Rel: Júlio Vidal; Comarca de São Paulo, 04/09/2012)

Neste outro exemplo, o STJ declara a natureza da obrigação em questão no IPTU, por ser o arrematante o titular do direito real.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ARREMATACÃO DE IMÓVEL EM HASTA PÚBLICA. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA. ADJUDICAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. OCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PROPTER REM. EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. 1. Discute-se nos autos se o credor-exequente (adjudicante) está dispensado do pagamento dos tributos que recaem sobre o imóvel anteriores à adjudicação. 2. Arrematação e adjudicação são situações distintas, não podendo a

analogia ser aplicada na forma pretendida pelo acórdão recorrido, pois a adjudicação pelo credor com dispensa de depósito do preço não pode ser comparada a arremate por terceiro. 3. A arrematação em hasta pública extingue o ônus do imóvel arrematado, que passa ao arrematante livre e desembaraçado de tributo ou responsabilidade, sendo, portanto, considerada aquisição originária, de modo que os débitos tributários anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta. Precedentes: REsp 1.188.655/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 8.6.2010; AgRg no Ag 1.225.813/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8.4.2010; REsp 909.254/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 21.11.2008. 4. O adquirente só deixa de ter responsabilidade pelo pagamento do débitos anteriores que recaiam sobre o Bem, se ocorreu, efetivamente, depósito do preço, que se tornará a garantia dos demais credores. De molde que o crédito fiscal perquirido pelo fisco é abatido do pagamento, quando da praça, por isso que, encerrada a arrematação, não se pode imputar ao adquirente qualquer encargo ou responsabilidade. 5. Por sua vez, havendo a adjudicação do imóvel, cabe ao adquirente (credor) o pagamento dos tributos incidentes sobre o Bem adjudicado, eis que, ao contrário da arrematação em hasta pública, não possui o efeito de expurgar os ônus obrigacionais que recaem sobre o Bem. 6. Na adjudicação, a mutação do sujeito passivo não afasta a responsabilidade pelo pagamento dos tributos do imóvel adjudicado, uma vez que a obrigação tributária propter rem (no caso dos autos, IPTU e taxas de serviço) acompanha o Bem, mesmo que os fatos impositivos sejam anteriores à alteração da

titularidade do imóvel (arts. 130 e 131, I, do CTN).
7. À luz do decidido no REsp 1.073.846/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira

Seção, DJe 18.12.2009, "os impostos incidentes sobre o patrimônio (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU) decorrem de relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência de fato imponible encartado, exclusivamente, na titularidade de direito real, razão pela qual consubstanciam obrigações propter rem, impondo-se sua assunção a todos aqueles que sucederem ao titular do imóvel." Recurso especial provido. (RESP 201000211343- RESP - RECURSO ESPECIAL – 1179056; Rel:Humberto Martins, 21/10/2010).

3. DANOS

A existência do dano é requisito essencial para a responsabilidade civil. Não existe possibilidades de indenização nem ressarcimento sem que exista dano.

Conforme o ensinamento de Sergio Cavalieri:

“O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda

evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71).

Segundo Maria Helena Diniz “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2006).

Na abalizada explicação de Rui Stoco:

“O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.” (STOCO, 2007, p. 128).

Para que o dano seja indenizável é necessário à existência de alguns requisitos. Primeiramente necessita que haja a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica.

O dano pode dividir-se em patrimonial e extrapatrimonial. O patrimonial, também conhecido como material, é quando ocorre a destruição ou diminuição de um bem de valor econômico. O extrapatrimonial, também conhecido como moral, é aquela que está ligada a um bem de caráter não econômico, não podendo retornar ao estado anterior, são inerentes aos direitos da personalidade sendo que essa espécie de bem não possui valor calculável, tornando difícil a sua reparação.

O dano patrimonial pode de dividir em danos emergentes e lucros cessantes.

O Código Civil Brasileiro estabelece o que segue em seu art.402:

“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Cabe citar Agostinho Alvim: “pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros, que poderia esperar.”(ALVIM, 1980, p. 173).

Considera que o dano emergente, consiste no prejuízo suportado pela vítima, ou seja, o que ela perdeu em razão da lesão. É o dano que vem à tona de razão de um desfalque do patrimônio da pessoa lesada, e, por esse motivo, não havendo grandes dificuldades para a mensuração da indenização.

Já o lucro cessante corresponde àquilo que a vítima não ganhou em decorrência do dano, ou seja, aquilo que razoavelmente deixou de lucrar. É também denominado de lucro frustrado, pois correspondente à frustração daquilo que era razoavelmente esperado se auferir, conclui-se então que o lucro cessante corresponde, a um prejuízo projetado para o futuro, sendo que em razão do seu embasamento em fatos concretos, não se confunde com o lucro meramente hipotético.

4. CONCLUSÃO

O tema abordado é de extrema importância para o a sociedade, afinal trata-se de uma análise sobre a propriedade e a responsabilidade consequente.

Sendo sua ao atual aumento de proprietários de imóveis devido à exploração imobiliária.

Afinal, a cada dia mais e mais imóveis são construídos e seus novos proprietários desconhecem quais são suas responsabilidades e deveres para com seus vizinhos, para com o ambiente que os cerca, enfim utilizam

da propriedade da forma como bem conhecem sem pensar em futuras consequências.

Portanto, com a ascensão desordenada da construção civil se tomou necessário a análise da consciência dos atos de cada novo proprietário, buscando uma moradia harmônica, entre esses, a sociedade e o patrimônio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 10.406/02 (Código Civil);

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7.

RIPERT, Georges. A Regra moral nas obrigações civís. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA (Nº 13.058/14) COMO REFLEXO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

MATHEUS AMARAL MOCELIN:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

RESUMO: O presente trabalho visa comparar os fundamentos que buscam justificar a utilização compulsória do modelo compartilhado de guarda, medida aplicada atualmente no Brasil com a sanção da Lei nº 13.058/14, em comparação com as políticas públicas de ações afirmativas. Para isto, será realizada uma breve exposição acerca da guarda compartilhada, incluindo a evolução do instituto no Direito Brasileiro, e o contexto social até a aprovação da Lei da Guarda Compartilhada, peculiaridades que possibilitam justificar a intenção do legislador por trás da inovação legal. Por fim, serão apontadas algumas similaridades entre as ações afirmativas e a guarda compartilhada compulsória, destacando suas semelhanças e diferenças.

ABSTRACT: This study aims to compare the foundations that seek to justify the compulsory use of the shared model guard, as currently applied in Brazil with the enactment of Law No. 13.058/14, compared with the public policies of affirmative action. For this, a brief statement about shared custody will be held, including the evolution of the institute in Brazilian Law, and the social context to the approval of the Shared Guard Act, peculiarities that make it possible to justify the legislator's intention behind the legal innovation. Finally, we point out some similarities between affirmative action and the mandatory shared custody, highlighting their similarities and differences.

SUMÁRIO: Resumo 1 Introdução 2 Da Guarda Compartilhada 2.1 Noções Fundamentais 2.2 Atributos da Guarda Compartilhada 2.2.1 Aspectos positivos e negativos 2.2.2 Aspectos psicológicos 2.3 A evolução histórica da Guarda Compartilhada 2.3.1 Antecedentes históricos 2.3.2 Evolução do instituto no Direito Brasileiro 3. Da Lei nº 13.058/14 e da aplicação compulsória da Guarda Compartilhada no Brasil 3.1 O contexto social brasileiro até

a aprovação da Lei nº 13.058/14 3.2 Das peculiaridades da “Lei da Guarda Compartilhada” 4. A compulsoriedade da Guarda Compartilhada como reflexo da políticas públicas de ações afirmativas 5. Considerações finais.

Keywords: shared custody, affirmative action, public policy, social and psychological aspects.

Palavras-chaves: Guarda compartilhada, ações afirmativas, políticas públicas, aspectos sociais e psicológicos.

1. INTRODUÇÃO

A aprovação da Lei nº 13.058/14, a qual, dentre outras determinações, estabeleceu a aplicação do modelo compartilhado de guarda como regra geral em território nacional, contradizendo com o consolidado argumento de que sua aplicação deveria ser restrita aos casos de separação consensual, é justificada pelo intuito de se exigir dos magistrados um posicionamento favorável à sua aplicação, o que não vinha acontecendo até então.

Isto porque, historicamente, nas dissoluções litigiosas entre casais que envolvessem disputa de guarda de infantes, a Justiça brasileira demonstrou certa tendência a se posicionar no sentido de que, quando questionado acerca de qual genitor teria maior capacidade para obter a guarda da criança ou do adolescente, a mãe, em regra, seria optada como sendo melhor opção.

Essa discrepância jurisdicional gerou ao longo dos anos um anseio de tutela estatal em relação aos pais não detentores da guarda de seus filhos, que na busca de seus direitos encontraram no instituto da guarda compartilhada uma saída viável para um problema enraizado na cultura brasileira, onde legalmente se assegura uma igualdade de direitos entre as partes, mas que materialmente esta igualdade não vinha ocorrendo.

Assim, serão analisados os fundamentos que justificam a utilização compulsória da guarda compartilhada no Brasil, com a

sanção da Lei nº 13.058/14, em comparação com as ações afirmativas, políticas públicas frequentemente utilizadas no âmbito nacional desde a promulgação da Constituição da República de 1988 e que tem como objetivo alcançar a tão pretendida igualdade de fato entre os indivíduos.

Para isto, serão expostos tanto o contexto social quanto cultural anteriores à inovação legal que possibilitaram a necessidade de tornar obrigatória a aplicação do modelo compartilhado de guarda.

Este debate possui extrema importância para que haja uma sólida defesa à aplicação compulsória da guarda compartilhada no Brasil, já que, como será demonstrado, este modelo de aplicação do instituto da guarda tende a melhor respeitar o princípio da supremacia do interesse da criança e do adolescente.

2. DA GUARDA COMPARTILHADA

2.1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS

A guarda compartilhada, principal modalidade de exercício da guarda vigente no Brasil após a sanção da Lei nº 13.058/2014, consiste na atuação mútua e igualitária pelos pais acerca dos direitos e deveres referente aos filhos, mesmo após a cisão da relação conjugal ou da união estável, que resulta em inúmeros efeitos jurídicos, inclusive em relação ao direito da guarda, implicando numa similar capacidade legal para se responsabilizar por decisões relevantes em relação a estes.

Neste modelo, a residência resta definida a um dos pais, e isto, além de não impedir que o período de convivência com o infante seja diferente, é fundamental para que, em respeito ao princípio da continuidade, a criança tenha a referência de um lar. Importante ressaltar aqui a diferença entre o instituto da convivência, que diz respeito ao período de tempo que cada um dos pais terá com os filhos, e o instituto da guarda, a qual versa sobre a forma de gerenciar os interesses dos filhos.

Assim, a proposta do instituto, para Angela Maria Soldá e Vitor Hugo Oltramari (2012, p. 78), é manter os laços de afetividade,

buscando abrandar os feitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais.

Além disso, é de se verificar os apontamentos de Fernanda Pederneiras e Diana Gera de que o melhor interesse da criança não poderá ser esquecido, eis que, para além dos preceitos constitucionais, a fixação da guarda deverá ocorrer em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.^[1]

Diante do exposto, a guarda compartilhada possui a finalidade de resgatar o modelo de exercício mútuo da responsabilidade parental em prol da melhor educação e formação de seus filhos, possibilitando minorar as consequências negativas decorrentes do rompimento matrimonial, onde quem mais tem a ganhar com isso certamente será o menor interessado.

2.2 ATRIBUTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

2.2.1 Aspectos positivos e negativos

Antes de expor com clareza os fundamentos que justifiquem a guarda compartilhada ser hoje o modelo de guarda mais defendido pela doutrina e jurisprudência nacional, cabe uma sucinta análise da situação fática derivada do rompimento conjugal litigiosa.

Por muitas vezes, esta desavença acaba por envolver de uma maneira muito desconfortável os filhos, que além de se tornarem objeto dessa disputa, podem vir a ser utilizados como instrumentos de vingança, ao denegrir a imagem do outro genitor.

É notória a sujeição da criança a sofrer cruelmente quando os pais optam por incluí-la como parte da negociação na dissolução conjugal, e qualquer possibilidade de preservá-la deste trauma deve ser encarada livre de qualquer estigma ou preconceito para que, verificando com supremacia o interesse do infante, averiguese a viabilidade de sua aplicação.

No caso da guarda compartilhada, existem relatos contrários à sua utilização, mas a grande parte não é devidamente

fundamentada. Muito se fala que a troca de ambientes seria prejudicial à criança, mas esta atribuição é característica da guarda alternada, alvo de grande confusão com o conceito do modelo compartilhado do instituto, o qual se refere ao equilíbrio de responsabilidades dos pais no que diz respeito os cuidados com o filho.

Não obstante isso, Evandro Luís Silva (2005, p. 24) rebate essa proposição de que a alternância de residências seja um prejudicial para o menor:

Não podemos sacrificar a convivência de pais e filhos sob o fraco argumento, desconstituído de qualquer fundamentação teórica ou observação prática rigorosa, de que duas casas podem trazer prejuízos emocionais para a criança, que não poderia criar vínculos com duas casas. Ora, as crianças, como já dito, possuem uma facilidade de adaptação e criação de vínculos, desde que se sintam seguras. Sentindo segurança nas relações com os pais, sentir-se-ão seguras nas casas deles. Tendo seu próprio espaço físico, sentirão cada casa como sua também, criando vínculos positivos com ambas.

Ainda para Evandro Luís Silva (2005, p. 25), crianças filhas de pais separados que mantém contatos frequentes com ambos os pais e tem duas casas possuem maior flexibilidade, adaptabilidade e amadurecem mais cedo.

É evidente que a guarda compartilhada não é a solução perfeita e indubitável acerca de como deverão seguir as relações familiares após a cisão do matrimônio, já que nem mesmo a família original está imune a complicações. Algumas desvantagens podem ser elencadas, tal como maiores custos para os genitores e a necessidade de ambos obterem um emprego flexível. Para os filhos, os problemas seriam mais logísticos, importando em eventuais dificuldades para adaptação a duas moradias.

Ainda assim, é inegável que a guarda compartilhada tende a contribuir mais em prol dos interesses da criança e do adolescente. Primeiramente, é de suma importância que a maior preocupação do divórcio para os filhos, qual seja o medo de perder contato com os pais, seja minorada por estes através de todo o esforço necessário para que o vínculo afetivo seja mantido.

A guarda unilateral, modelo de determinação quase unânime pelo Poder Judiciário até a aprovação da Lei nº 13.058/2014, é um trauma a parte, não só para o filho. Essa situação, que para a genialidade implacável de Sigmund Freud (1969, p. 30) corresponde a uma ruptura do escudo protetor contra os estímulos, pode resultar no início de uma série de desentendimentos entre os pais, onde quem mais perde, em meio a tamanho abandono, insegurança e agressões, é a criança.

A possibilidade de os infantes serem cuidados e amparados por ambos os pais é um direito destes, e, por ajudar a diminuir os sentimentos de rejeição e proporcionar a convivência com os papéis masculino e feminino, livre de conflitos, e facilitando o processo de socialização e identificação, o compartilhamento da guarda demonstra ser uma opção capaz de minorar os efeitos negativos da separação para os filhos.

Ademais, esse dever mútuo de decidir acerca dos interesses dos infantes abrange ainda a possibilidade de se desenvolver uma melhor consideração pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro em seu papel de pai ou mãe, já que a necessária confiança que um terá de ter sobre o outro refletirá, ainda que separados, o exercício conjunto do familiar, diminuindo ainda mais os efeitos práticos da cisão.

2.2.3 Aspectos psicológicos

Sob a perspectiva da psicologia, observa-se que mesmo que haja o litígio entre os pais, a guarda compartilhada é indiscutivelmente uma solução melhor para os filhos, já que estes necessitam conhecer a cada um de seus genitores, para que possam formar suas próprias verdades sobre seus pais.

Uma pesquisa efetuada pela Escola de Profissionais de Psicologia da Califórnia, nos Estados Unidos, resultou na afirmação de que crianças cujas guardas são divididas entre os pais têm ego e superego mais fortes e maior autoestima do que as crianças que têm convívio frequente apenas com um dos pais.^[2]

Alguns autores possibilitam demonstrar que a ausência de qualquer um que seja dos pais sempre é constatada em quadros psicóticos, em razão desta falta psíquica/afetiva.

O principal argumento psicológico para a dupla custódia é o de que a criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação para Judith Saretsky Waltherstein e Sandra Blakeslee (1991, p. 343). Já Françoise Dolto (1989, p. 77) afirma que para o inconsciente da criança, é necessário que haja um adulto que a impeça de ter uma intimidade total com seu genitor.

Ainda, Joël Dor (1991, p. 27) ratifica a importância do pai biológico na formação da prole

A demarcação da função simbólica do pai que diz respeito à existência contingente do Pai real determina uma das bases mais fundamentais da clínica psicanalítica. Não seria necessária outra prova mais convincente do que lembrar que a edificação do pai simbólico a partir do pai real constitui a própria dinâmica que regula o curso da dialética edipiana e, com ela, todas as consequências psíquicas que dela dependem.

Por fim, o modelo compartilhado de guarda tem se mostrado muito eficaz na prevenção e combate do fenômeno psicológico e jurídico da alienação parental. Este termo, que foi introduzido por Richard Gardner (1985, p. 29), possui, segundo o psiquiatra norte-americano, a seguinte definição:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a

campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinaço das instruçoes de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programaçao, doutrinaço”) e contribuiçoes da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estao presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicaço de Síndrome de Alienaço Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Positivada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.318/2010, que, além de conceituar o instituto, tornando-o punível pela autoridade judiciária, apresenta um rol exemplificativo de ações e omissões que possam caracterizar a ocorrência do distúrbio, a alienação parental, com a determinação da compulsoriedade da guarda compartilhada, possui grandes chances de ocorrer com cada vez menos frequência, e quando não se evitar, ao menos poderá atenuar seus efeitos práticos para que abale o psicológico do infante o menos possível.

2.3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA

Com base nas profundas transformações culturais e sociais que ocorreram no século XX, o Direito de Família Contemporâneo se interligou aos direitos humanos, ao princípio da dignidade humana, e à ética como um todo - e o instituto da guarda não foge a esta regra. Para Eduardo de Oliveira Leite (1994, p. 4), a família é uma realidade sociológica que precede ao surgimento do Estado e é anterior ao próprio direito.

Desta forma, a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada surgiu após a mudança de paradigma da postura adotada pela mulher a partir de segunda metade do século XX, com o surgimento do feminismo, movimento social, filosófico e político que idealiza a igualdade entre homens e mulheres através da busca de direitos das mulheres e de seus interesses.

O feminismo foi fundamental para afastar a premissa patriarcal de que a mulher haveria de se dedicar apenas aos cuidados domésticos, enquanto que ao homem caberia o papel de gerir lucros e sustentar a família. Para Maria Luiza Pova Cruz (2009, p. 220-225), o discurso psicanalítico traz claramente as noções de que a paternidade e a maternidade não são propriamente um dado instintual, mas uma função exercida.

Assim, a fim de reforçar a visão de que o poder familiar compete igualmente aos pais, outras disciplinas, tais como a psicologia, filosofia e antropologia auxiliaram a sustentar o entendimento de que esse equilíbrio de funções seria amplamente em prol do melhor interesse do menor, e atenuaria as injustas consequências que o privilégio da guarda unilateral ocasiona. Desta forma, idealizou-se um modelo de guarda que refletisse um maior compartilhamento dos pais no amparo à prole, o que mesmo após o rompimento conjugal seria benéfico ao melhor interesse das crianças.

2.3.1. Antecedentes Históricos

O interesse de se ampliar no ordenamento o reconhecimento da proteção às crianças e adolescentes e equalizar a função parental entre ambos os genitores apareceu primeiramente na Declaração de Genebra de 1924, na Declaração Universal da ONU de 1948 e na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, mas foi a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 a grande responsável para que o dispositivo da guarda compartilhada passasse a vigorar na maior parte dos países a partir da década de 90. Essa convenção foi fundamental para fortalecer o reconhecimento do direito de toda criança e de todo adolescente em crescer em um âmbito familiar que propicie seu amparo, seu sustento, e que garanta o direito deste de manter regularmente contato pessoal e direito com ambos os pais.

Com fulcro em todos os precedentes históricos mencionados, passou-se a considerar primeiramente o interesse da criança em todas as decisões judiciais que tangem acerca da disputa de guarda nas relações familiares, vinculando instituições públicas e

privadas, tribunais, órgãos administrativos e legislativos a agirem neste sentido.

2.3.2. Evolução do Instituto no Direito Brasileiro

No Brasil, até 2008 essa modalidade não era prevista, no entanto o ordenamento não estipulava nenhuma vedação expressa a respeito. Pelo contrário, nosso direito já favorecia sua utilização: a Constituição Federal em seu art. 226, § 5 e 7, o Estatuto da Criança e do Adolescente pelo disposto no art. 16, e o Código Civil no que se refere ao artigo 1690 notadamente já davam indícios de que o modelo compartilhado de guarda não seria nenhuma afronta aos princípios que regem nosso ordenamento.

Na ampla biografia do direito de família, a guarda compartilhada de filhos não tem sido objeto de estudos específicos e, muito menos ainda, de monografias exaustivas. Essa afirmação de Guilherme Strenger (1998, p. 7) abordava em síntese o trato da doutrina e da jurisprudência a respeito antes da lei nº 11.698/2008, mas na área da psicologia o debate acerca da guarda compartilhada já era suficientemente amplo.

No ano de 1986, o ex-juiz de direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sérgio Gischkow Pereira, publicou o primeiro estudo acerca da possibilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, atentando aos magistrados de que, ainda que não houvesse lei nenhuma a respeito, já naquela década o referido modelo já era alvo de pesquisas “sob o prisma jurídico e psiquiátrico” por psicólogos, educadores, sociólogos, dentre outros.

Ainda assim, pode-se destacar o julgamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina referente ao Agravo de Instrumento nº 2001.012993-0, que possui com o seguinte teor:

Fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais

que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições.

Com o intuito de antecipar a previsível discussão que estava por vir sobre a possibilidade de a guarda compartilhada ser aplicada em território nacional, o Conselho de Justiça Federal em 2002 firmou que a expressão “guarda de filhos”, constante no artigo 1583 do Código Civil pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a guarda compartilhada, por atender ao princípio da supremacia do interesse da criança e do adolescente.

Foi nessa perspectiva de contrariar o egoísmo parental que foi aprovada a Lei nº 11.698/2008, responsável por positivizar infraconstitucionalmente a possibilidade de ser adotada pelo Poder Judiciário o modelo compartilhado da guarda, sempre que possível.

Por fim, a lei 13.058, "Lei da Guarda Compartilhada", na busca de respeitar os princípios assegurados pela Constituição de igualdade entre pais e mães, modificou dispositivos já existentes no Código Civil vigente com o intuito de definir como compulsória a utilização da guarda compartilhada no Brasil, modelo que favorece que as decisões relativas à vida dos filhos sejam feitas conjuntamente pelos genitores.

Desta forma, a histórica supremacia do interesse dos genitores, marco das disposições do Código Civil, foi substituída pelo privilégio do interesse da criança já dentro da doutrina da proteção integral, pela qual passou a se adotar a conduta de considerar a prole, não mais um objeto de proteção, mas sim um sujeito detentor de direitos que prevalecem sobre os demais em todas as esferas jurídicas e sociais.

3 DA LEI Nº 13.058/14 E DA COMPULSORIEDADE DE APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 O CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO ATÉ A APROVAÇÃO DA LEI Nº 13.058/2014

Após a aprovação da Lei nº 11.698/2008, responsável pela definitiva inclusão da guarda compartilhada no ordenamento jurídico nacional, os profissionais da área se mostraram otimistas pela confirmação de sua viabilidade, mas o que pode se certificar desde então foi uma realidade muito distinta e desigual daquela pretendida com a possibilidade legal deste instituto jurídico.

O principal equívoco do legislador no referido ordenamento compreende a pretensão de se alterar § 2 do art. 1583 do Código Civil, a fim de que, pelo texto da lei, a guarda unilateral fosse atribuída ao genitor que revelasse melhor condições para exercê-la, e objetivamente, mais aptidão para propiciar à prole fatores fundamentais para seu correto desenvolvimento.

É notório que, pela interpretação da lei, a grande maioria das decisões judiciais a respeito se mostraram a favor da preferência da guarda ser atribuída unilateralmente à genitora, enquanto que a guarda compartilhada ficava à mercê de um bom diálogo entre as partes para que fosse optada pelo Poder Judiciário.

A par disso, a lei ainda deixou a desejar em outros aspectos, pelo qual se destaca a alteração prevista junto ao texto normativo do § 4º do art. 1584, que pretendia implicar que o descumprimento de determinações homologadas quanto à guarda, unilateral ou compartilhada, poderia implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

Como se observa, a lei não delimita o grau de complexidade que o descumprimento de suas obrigações poderia acarretar ao genitor. Essa lacuna resultou no entendimento de que o genitor detentor da guarda poderia por si só deliberar acerca de todas as decisões inerentes ao filho, o que violaria o direito de exercício do poder familiar do genitor não guardião.

Desta forma, a Justiça brasileira se curvou ao pensamento de que, sempre que se questionasse acerca de qual genitor teria maior capacidade para obter a guarda da criança ou do

adolescente, a mãe, em regra, seria optada como melhor opção. Segundo pesquisa realizada em 2011 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 87,6% das mulheres assumiram legalmente a responsabilidade de seus filhos, frente a 5,3% dos homens.

Essa discrepância gerou nos últimos anos um sentimento de exclusão social por parte dos pais não detentores da guarda de seus filhos, e com isto o anseio de uma tutela estatal em relação a estes, que na busca de seus direitos encontraram no instituto da guarda compartilhada uma saída viável para um problema enraizado na cultura brasileira, onde legalmente se assegura uma igualdade de direitos entre as partes, mas que juridicamente esta igualdade não tem ocorria materialmente.

No entanto, ainda que com o aval da doutrina majoritária atual, verifica-se na mesma pesquisa efetuada pelo IBGE que em 2011 apenas 5,4% das decisões acerca da guarda decretadas pelo Poder Judiciário asseguravam o instituto da guarda compartilhada entre os genitores. A maior justificativa apresentada pelos magistrados era o de que a guarda compartilhada não poderia ser bem sucedida quando aplicada sem o consenso entre os pais.

É a posição de Ana Maria Milano Silva (2005. p. 161), que afirma ser nítida e invariável a inclinação judicial para conceder a guarda dos filhos à mãe, por entender-se implicitamente que a figura da mãe é imprescindível, enquanto a do pai é dispensável.

Ainda segundo a autora, a discriminação contra o homem negando-lhe a igualdade com a mulher nos cuidados com os filhos, advém da consideração generalizada de ser o instituto maternal um mito, através do qual se depreendem outros mitos que tendem a anular a proximidade paternal.

Para a advogada Eliana Giusto (1999. p. 66-71), a situação pela qual se encontravam os pais não detentores da guarda fundamentava-se no preconceito dos magistrados em relação a estes na hora de decidir acerca das disputas de guarda litigiosas

O preconceito ainda existente em relação ao homem que quer disputar a guarda dos filhos é

tamanho que, quando consultam um advogado, logo são desestimulados. Enquanto a psicologia diz sim, o judiciário diz não. Este comportamento é reforçado porque os advogados que atuam na área de família sabem que para a guarda dos filhos seja deferida ao pai, supondo-se a condição de igualdade com a mãe, os anjos tem que descer do céu e explicar que o pai também pode cuidar e educar os seus filhos e que isto, hoje, não é tarefa exclusiva das mulheres.

Acerca disto, ressalta-se a análise de Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 27) a respeito da atual situação social brasileira referente ao relacionamento dos pais genitores e seus filhos após a atribuição constante da guarda unilateral às mães

(...) podemos falar hoje de uma crise de paternidade, diante das novas representações sociais da família, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. Sua função básica (do pai) estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição, de difícil compreensão, onde os varões não assumem ou reconhecem para si os direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Por exemplo: o pai solteiro, ou separado, que só é pai nos fins de semana, ou nem isso; o pai que não paga ou boicota a pensão e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isso; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento. Enfim, a ausência do pai e dessa imagem paterna, em decorrência de um abandono material ou psíquico tem gerado graves consequências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais (...). O mais grave é o abandono psíquico e afetivo, a não

presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.

Com o intuito de se exigir que as determinações judiciais fossem favoráveis pela utilização do modelo compartilhado de guarda em relação aos genitores que ingressam em litígio pela guarda de seus filhos, diversas organizações brasileiras que representam os interesses destes pais excluídos pressionaram as autoridades legislativas em busca de reparos desta afronta à igualdade do exercício da parentalidade.

Assim, no dia 22 de dezembro de 2014 foi sancionada pela presidenta da República, Dilma Rousseff, o projeto de lei apresentado pelo então deputado federal Arnaldo Faria de Sá e que determina a utilização compulsória pelos magistrados da guarda compartilhada no Brasil.

3.2 DAS PECULIARIDADES DA “LEI DA GUARDA COMPARTILHADA”

Primeiramente, cabe esclarecer que a Lei 13.058/2014 altera dispositivos legais preexistentes no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com a determinação presente na ementa da lei, a fim de se estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação, foram alterados os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil.

Não há como se olvidar que a maior alteração trazida pela inovação legal foi o estabelecimento do modelo compartilhado de guarda como regra geral, contradizendo com o consolidado argumento de que sua aplicação deveria ser restrita aos casos de separação consensual.

Agora, havendo desacordo entre os genitores, aplica-se a recente regra prevista no art. 1584, §2º do Código Civil, que dispõe que a guarda compartilhada só não será optada no caso de um dos genitores expressamente expor o desinteresse na guarda do infante. Flavio Tartuce expõe ainda a possibilidade de que o simples interesse do genitor possa não ser suficiente para afastar a compulsoriedade da guarda compartilhada

A obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada deve ser devidamente motivado pelo genitor, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente. Sendo assim, mesmo havendo argumentos do genitor para declinar a suposta guarda compartilhada, o juiz pode entender pela sua implementação compulsória, de acordo com o regramento citado. [3]

Por outro lado, a vontade do genitor também poderá ser ineficaz quando demonstrar interesse pela guarda do menor, caso não haja aptidão por parte deste no exercício de seu poder familiar.

Além da compulsoriedade da guarda em si, a lei tratou de regular o exercício de alguns dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, como os direitos de convivência e fiscalização, e os deveres de prestar informações e alimentos, além de definir a base de moradia da prole.

Pela nova redação do Código Civil, em seu artigo 1583, §3º, base de moradia corresponde à custódia física da criança e do adolescente, deverá ser compartilhada entre os pais e corresponder à que melhor atenda aos interesses dos filhos, ainda que os genitores não residam no mesmo município. Para o entendimento de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 77), ausente o consenso entre os pais, caberá ao juiz e ao promotor de justiça a utilização de perícia social e psicológica para que, de forma efetiva, esse critério seja atendido.

Essa determinação reflete efetivamente no direito de convivência dos pais a fim de que haja um maior equilíbrio deste, e impossibilitando a antiga fixação alternada de finais de semana para cada um destes. Assim, as situações de litigiosidade entre ambos não poderão mais servir de fundamento para a supressão do compartilhamento da guarda.

Na doutrina, sobreleva a lição de Giselle Câmara Groeninga (2008, p. 171), que esclarece que a convivência que a guarda compartilhada busca contemplar atende à criança em sua necessidade em contar com o pai e a mãe, e também a uma legítima reivindicação dos homens que descobriram a realização em exercer a parentalidade.

Outra questão relevante consiste na maleabilidade no exercício desse direito, isso porque, apesar de ser constitucionalmente tutelado, o direito de convivência não se refere a um direito absoluto. A razão é simples: para que se garanta o amplo crescimento mental e físico da criança e do adolescente, qualquer elemento que ameace esse desenvolvimento deve ser inibido, incluindo o direito de convivência.

Assim, a dinamicidade do dia a dia e a especificidade de cada demanda poderão importar no reajustamento da rotina entre cada família. Contudo, faz-se necessário que tal planejamento exista com antecedência a fim de que não venha a prejudicar a prole.

Por outro lado, ainda que a inovação legal suprima a possibilidade de que magistrados restrinjam o tempo de convivência entre pai e filho, mantiveram-se algumas ocasiões que poderão resultar na redução de algumas das prerrogativas inerentes ao poder familiar. Com efeito, para Conrado Paulino da Rosa, embora a lei deixe de estabelecer quais seriam as reduções, jamais se deve permitir que o progenitor que descumpra alguma responsabilidade que lhe foi atribuída permaneça incólume.

Em última análise, verifica-se que agora, no interesse da concretização do direito superior, que é o do filho, qualquer um dos genitores pode e deve pedir e reiterar medidas processuais no caso do descumprimento injustificado de suas atribuições inerentes ao poder familiar, já que pela guarda unilateral esta possibilidade muito se restringia ao guardião não detentor da guarda.

Em contrapartida a posicionamentos que surgiram a respeito, cabe ponderar que esse compartilhamento das responsabilidades

não permite que haja eventual exoneração de um dos genitores quanto às despesas da prole. Esse entendimento, para Angela Gimenez (2015, p. 5-8), não passa de mera retórica daqueles que insistem em manter um sistema retrógrado e descolado da necessidade e dos anseios sociais, pois, por si só, a guarda compartilhada não implica alteração dos alimentos pagos.

Com base no trinômio da necessidade-possibilidade-proporcionalidade, cada um dos pais deverá contribuir proporcionalmente com a quota de seus recursos disponível para tal encargo, de acordo com o Código Civil, em seu artigo 1703. Pelo mesmo ordenamento, o legislador possibilitou no artigo 1701 que a pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

Acerca disto, o recém-aprovado Código Processual Civil determina que o débito objeto de execução neste caso poderá ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos. Houve também a ampliação do exercício do dever de vigilância, característico do poder familiar, haja vista que a nova disposição do artigo 1584 do CC, §6º dispõe acerca da possibilidade de estabelecer multa a quem não preste informações.

Outra novidade foi a ampliação do exercício do dever de vigilância, característico do poder familiar, haja vista que a nova disposição do artigo 1584 do CC, §6º dispõe acerca da possibilidade de estabelecer multa a quem não preste informações.

Esse poder/dever está diretamente relacionado com a obrigação de prestar contas. Obrigação não somente do genitor ora guardião, mas sim de toda e qualquer pessoa que esteja administrando bens ou interesses de terceiros, via relação jurídica contratual ou legal, o que para Elpídio Donizetti (2012. p. 1216) fundamenta-se somente no esclarecimento de certas situações decorrentes da administração de bens alheios.

Sobre isso, a lei alterou o disposto no art. 1583, §5º do CC, a fim de que desde sua vigência o genitor que não detenha a guarda física da prole terá o dever de vigiar os interesses dos filhos, sendo “parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”.

De modo geral, a nova lei foi fundamental para que fosse afastado todo e qualquer empecilho do dever de vigilância que pudesse ser imposto por que esteja na administração de tais bens ou interesses. Por isso, entende-se inclusive que o próprio infante possui a capacidade de exigir, via nomeação judicial de curador especial, essa prestação de contas de quem administre a pensão, já que, sendo o titular da quantia recebida a título de alimentos, certamente teria o interesse necessário para esse requerimento.

Por derradeiro, foram incluídos pela Lei nº 13.058/2014 os incisos IV e V ao artigo 1634, CC: resultando na atribuição dos pais em conceder ou não autorização para viagem do menor junto ao exterior e para alterar a residência permanente do filho para outra cidade.

4. A COMPULSORIEDADE DA GUARDA COMO REFLEXO DA POLÍTICA PÚBLICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Desde a redemocratização do estado brasileiro e a promulgação da Constituição da República de 1988, tem se presenciado a prática de inúmeras políticas públicas com a intenção de diminuição das desigualdades sociais em todos os âmbitos possíveis. Estas medidas baseadas na concepção de igualdade são denominadas como ações afirmativas, as quais, para Kabengele Munanga (1996, p. 79-111), têm sido formuladas independentemente do partido político e da ideologia adotada, sendo utilizada tanto por políticos de direita quanto de esquerda.

As ações afirmativas costumam ser confundidas como uma política compensatória redistributiva, o que estaria em contradição com o ideal republicano e o princípio constitucional de igualdade,

mas as diferem na medida em que só são possíveis caso comprovada a relação entre a carência socioeconômica dos beneficiários e sua discriminação, seja ela decorrente de gênero, sexo, raça ou etnia. Até por isso, o que se busca com políticas de ações afirmativas é tão somente alcançar a tão pretendida igualdade de fato entre os indivíduos, e não apenas a igualdade fictícia presente nos moldes das revoluções liberais.

Na doutrina, obrigatório a menção ao parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 11-42) a respeito das características próprias das ações afirmativas em respeito ao princípio da isonomia:

Só o respeito a três aspectos garante o princípio da isonomia: a) qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico; b) o segundo reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado, reforçando a necessidade de uma pertinência lógica, justificada, e não arbitrária, para a discriminação. O artigo 5º da Constituição, nesse sentido, apenas buscou esclarecer que o sexo, a raça, e o credo religioso não podem gerar, só por só, uma discriminação; c) não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas

positivamente, ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.

Assim, algumas imposições legais se destacam frente a política de ações afirmativas. Pela Constituição, por exemplo, o art. 7º estabelece como direito dos trabalhadores a proteção de mercado da mulher, e o art. 37 estipula percentual mínimo dos cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência. Outro ponto relevante consiste na atual política de cotas sociais e raciais, regulada pela Lei 12.711/2012, ou “Lei de Cotas”, que funciona como uma reserva de vagas em instituições públicas ou privadas, seja em razão da situação econômica do beneficiário, ou sua etnia.

Não se pode dizer que a Lei nº 13.058/2014 se refere a uma política de ação afirmativa, já que a compulsoriedade da guarda compartilhada não se refere a uma discriminação, e sim uma imposição legal por uma medida igualitária entre os genitores, mas os reflexos da política de ações afirmativas frente aos fundamentos que justificam a Lei da Guarda Compartilhada são visíveis e esclarecedores.

A citar, a maior justificava para definir a guarda compartilhada como regra no Brasil foi o respeito ao princípio do melhor interesse do menor aliada à imensa quantidade de decisões judiciais que determinavam a guarda unilateral, normalmente para as mães dos menores, enquanto que quem não detinha a guarda da criança ficava à mercê de depender no genitor guardião para conviver com o infante. Assim dizendo, se resolvida essa situação, a compulsoriedade como um todo já não seria mais necessária.

E é essa a base das ações afirmativas: o caráter temporário, já que possuem o objetivo de inibir as desigualdades sociais. Uma vez concluída esta reparação no contexto político, social ou econômico da sociedade, não haveria mais razões lógicas para que estas políticas públicas continuassem em vigência no ordenamento legal.

Isso não quer dizer, no entanto, que a Lei nº 13.058/14 está fadada a perder sua eficácia. Nos Estados Unidos, por exemplo,

onde a guarda compartilhada é regra até hoje em 30 (trinta) estados, entende-se que o melhor interesse do menor é mais respeitado quando há maior contato físico e psicológico do infante com ambos os genitores, mesmo após a separação ou divórcio.

Assim, ainda que com a inovação legal haja uma redução dessa disparidade, em razão da supremacia do interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada só deixará de ser regra caso se constate que possa ser mais prejudicial ao desenvolvimento da prole em relação aos outros modelos existentes de guarda.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi comparar os fundamentos que buscam justificar a utilização compulsória do modelo compartilhado de guarda, medida aplicada atualmente no Brasil com a sanção da Lei nº 13.058/14, em comparação com as políticas públicas de ações afirmativas.

Para isto, primeiramente buscou-se fazer uma breve exposição acerca da guarda compartilhada, instituto jurídico que garante aos pais da criança o mútuo exercício de suas funções parentais. Previsto no ordenamento brasileiro pelo art. 1634, II, do Código Civil, o direito de exercício da guarda originariamente se referia a um direito subjetivo pelo qual exclusivamente seria atribuída a um dos genitores, pelo que, ao genitor não guardião restaria o direito de visitas em relação aos filhos. Entendimento este que passou por revisões doutrinárias, principalmente com o advento Convenção Internacional dos Direitos da Criança, e atualmente o interesse maior da criança e do adolescente cada vez é realçado nas relações familiares.

O pareamento dos aspectos positivos e negativos da guarda compartilhada foi fundamental para concluir que, principalmente sob o olhar da psicologia contemporânea, este se refere ao modelo mais recomendado até então, em atenção ao princípio da supremacia do interesse da criança e do adolescente.

Já em relação à Lei nº 13.058/2014, antes de qualquer argumentação a respeito, buscou-se compreender o contexto social presente até então, e que poderiam justificar a intenção do legislador por trás da inovação legal, e o que pode ser constatado é que havia presente uma evidente discrepância nas decisões judiciais a respeito das dissoluções litigiosas que envolviam disputa de guarda de filhos, onde, lamentavelmente, magistrados, em legítima afronta ao princípio da igualdade parental e do dever mútuo de assistência, se curvavam a destinar a guarda do infante à mãe sempre que se questionasse acerca de qual genitor teria maior capacidade para obter a guarda definitiva.

A conclusão final, portanto, é a de que a compulsoriedade da guarda compartilhada, em razão da aprovação da Lei nº 13.058/2014, tem como fundamento a correção de equívocos e lacunas no ordenamento jurídico que possibilitavam ao magistrado evitar, sempre que possível, sua aplicação no âmbito nacional.

Desde modo, a aprovação da lei, ao buscar a reparação no contexto político, social ou econômico da sociedade, pode ser justificada como um reflexo à vasta quantidade de políticas públicas em prol da luta à desigualdade social seja em razão de sexo, gênero ou raça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil: Artigo 5º, VI**, Disponível em:

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, que Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de novembro de 1990. Disponível em: .

BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Lei 11.698, de 13 de junho de 2008., que altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de junho de 2008. Disponível em: .

BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 de agosto de 2010 Disponível em: . Acesso em 21 .dez.2015

BRASIL. Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>.

BRASIL. Lei nº [13.058](#) de 22 de dezembro de 2014, que Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>.

BRASIL. Lei 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>.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Centro de Estudos Jurídicos**, I Jornada de Direito Civil. Brasília. 2002

CRUZ, Maria Luiza Povoá. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

DOR, Joël. **O pai e sua função em psicanálise**. São Paulo: Jorge Zahar, 1991.

FREUD, Sigmund. **Além do princípio de prazer**. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

GARDNER, Richard Alan. **Recent trends in divorce and custody litigation**. New York: *The Academy Forum*, 1985.

GIMENEZ, Ângela. **Igualdade parental**. Cuiabá: Revista IBDFAM. ed 18. jan. 2015.

GIUSTO, Eliana. **Guarda de Filhos**: quando os homens também são discriminados, São Paulo: Revista Brasileira de Direito de Família, n.3, 1999.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda compartilhada**: responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord). **Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2001/2011**. Rio de Janeiro. 2012. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000011355812102012584717441044.pdf>> Acesso em 10 jan.2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A igualdade de direitos entre o homem e a mulher face à nova Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MUNANGA, Kabengele. **Estratégias e políticas de combate à discriminação racial**. São Paulo: Edusp, 1996.

PEDERNEIRAS, Fernanda; GEARA, Diana. **Guarda compartilhada**: apontamentos sobre a lei 13.058/14. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224471,91041Guarda+compartilhada+apontamentos+sobre+a+lei+1305814>. Acesso em 13 nov. 2015.> Acesso em 25/01/2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e psicanálise**: Uma prática interdisciplinar. São Paulo: Revista do Advogado, n.62, 2001.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 2001.012993-0. Relator: Desembargador Aldir Passarinho Júnior, Data de Julgamento: 02 de dezembro.2008. Disponível em: Acesso em: 05 fev.2016

SILVA, Evandro Luís. **Guarda compartilhada**: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **Mediação familiar**: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões, Porto Alegre, Magister, v. 29, p. 78, agosto/setembro.2012.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTR, 1998

TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória**: Análise crítica da lei 13.058/14. Parte I. Disponível em:

< <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>

_____, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória: Análise crítica da lei**

13.058/14. Parte II. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>.

[1] PEDERNEIRAS, Fernanda; GEARA, Diana. **Guarda compartilhada: apontamentos sobre a lei 13.058/14.** Migalhas. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224471,91041Guarda+compartilhada+apontamentos+sobre+a+lei+1305814>>. Acesso em 13 nov. 2015.> Acesso em 25/01/2016.

[2] Pesquisa recente da Escola de Profissionais de Psicologia da Califórnia. **Revista Época**, n.349, de 24 jan.2015.

[3] TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória: Análise crítica da lei 13.058/14.** Parte I. Disponível em:
< <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>

_____, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória: Análise crítica da lei 13.058/14.** Parte II. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>.

ANÁLISE DOS MÉTODOS EMPREGADOS NA PESQUISA JURÍDICA Nº 24/2010 DO PROJETO PENSANDO O DIREITO.

SAMUEL JOSÉ MILANEZ SOUSA: Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) - Faculdade de Direito (FD).

Resumo: A pesquisa nº 24/2010 do Projeto Pensando o Direito faz, através do emprego de métodos de pesquisa empírica, um estudo da participação efetiva das vítimas no processo penal. O presente artigo visa analisar criticamente o referido trabalho à luz dos conceitos de Pesquisa Jurídica, avaliando o êxito alcançado pelos pesquisadores quando da coleta de dados através de pesquisa qualitativa em direito.

Palavras-chave: Pesquisa Jurídica. Pesquisa em Direito. Métodos de Pesquisa. Pesquisa Empírica. Pesquisa Qualitativa.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Recorte da Pesquisa nº 24/2010 do Projeto Pensando o Direito 2.1. O Método de Coleta de Dados Empregado 3. Conclusões Finais. 4. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO.

A pesquisa empírica, ainda que pouco desenvolvida na área de direito brasileiro, é de suma importância para o âmbito jurídico, tendo em vista permitir sua integração com as demais disciplinas de ciências sociais.

Conforme bem elucida Alexandre Veronese em seu texto “O papel da pesquisa empírica na formação do profissional de Direito”, a pesquisa empírica se concretiza através de métodos científicos, que, por sua vez, pressupõe a realização de observação científica (compreendida como a coleta controlada de dados) ou de experimentação científica (relacionada à reprodução controlada dos fenômenos naturais). A experimentação em sentido estrito encontra-se fora do alcance das pesquisas sociais. Entretanto, é possível a utilização do rigor científico para a coleta e para a análise de informações qualitativas ou quantitativas, permitindo-se a construção de hipóteses e a posterior comprovação de sua veracidade.

Assim, as ciências sociais podem se valer de três distintos tipos de desenho de pesquisa, cada qual com suas técnicas próprias: as pesquisas qualitativas, quantitativas e comparativas.

O presente artigo procura, então, analisar criticamente o desenho de pesquisa empregado na pesquisa nº 24/2010 do Projeto Pensando o Direito, bem como os métodos de coleta de dados empregados.

2. O RECORTE DA PESQUISA Nº 24/2010 DO PROJETO PENSANDO O DIREITO.

A pesquisa nº 24/2010 do Pensando o Direito, “O Papel da Vítima no Processo Penal”, como o próprio título sugere, traça uma crítica à baixa participação das vítimas no Direito Processual Penal, buscando soluções que as concedam uma posição mais ativa em tal procedimento.

Para tanto, procurou-se estudar a participação da vítima no processo penal sob a ótica de duas iniciativas: os procedimentos restaurativos, alicerçados pela lei 9.099/95, e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), que garante a resolução de problemas acerca da violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Tais iniciativas foram comparadas com as práticas do processo penal ordinário, procurando-se identificar os pontos de contraste entre as referidas situações e as diferenças de eficiência na participação efetiva das vítimas nos julgados.

A pesquisa é iniciada com a afirmação de que, por volta de 1990, a legislação criminal adotou uma posição de instrumentalização da vítima em prol de uma política criminal mais repressiva, que tinha como objetivo a resolução da anomia em si, sem que houvesse uma preocupação com os direitos e garantias que deveriam ser assegurados às mulheres que sofriam com violência doméstica. A vítima passou a ser reificada em prol de um agravamento da culpa do acusado, num procedimento que foi denominado populismo penal. Isso acabou promovendo a manutenção da vitimização, quando o objetivo maior deveria ser justamente o seu encerramento.

De forma a dar fim a tal processo de vitimização, surgiram dois movimentos que o pesquisador caracteriza como movimentos “vitimológicos”: os procedimentos restaurativos e a Lei Maria da Penha. Os procedimentos restaurativos tem um caráter conciliativo, visando o ressarcimento dos prejuízos causado às vítimas, sendo aplicado nos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs). Foi considerado um procedimento inovador por ter a pretensão de visualizar o crime mais como um mal à vítima do que como um desrespeito à leis, abrindo um espaço maior para a participação da vítima no processo penal. A Lei Maria da Penha, por sua vez, visa refrear a violência doméstica e familiar contra as mulheres, devendo ser aplicada nos chamados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDs). Foi considerada inovadora por ter a premissa de estabelecer novas medidas de proteção e assistência às vítimas, procurando lutar ativamente contra a violência de gênero e tratando o tema da violência doméstica como um problema de ordem pública. Ambos os procedimentos iniciaram uma tendência de maior reconhecimento dos sofrimentos e prejuízos causados à vítima, permitindo a inclusão de seus interesses nas resoluções penais e as concedendo maior participação ao decorrer do processo como um todo.

Posto isso, verifica-se que a pesquisa nº 24/2010 realiza uma pesquisa empírica com a finalidade de observar o quanto as duas supracitadas iniciativas efetivamente modificaram a forma e a importância da atuação da vítima ao longo do processo penal.

Nesse sentido, foi traçado um objeto de estudo (a participação da vítima no processo penal) e selecionado um público alvo (vítimas de violência doméstica). Para melhor elucidar o método de pesquisa escolhido e as conclusões formuladas pelos pesquisadores, é interessante que seja feita uma breve exposição do panorama da criação da lei dos procedimentos restaurativos e da Lei Maria da Penha, bem como melhor definir o âmbito em que elas são aplicadas.

A aplicação da lei 9.099/95, que prevê os procedimentos restaurativos, implicou na criação dos JECRIMs, que passaram a fazer uso de procedimentos mais informais e mais rápidos. Isso levou a uma

“judicialização dos conflitos”, o que possibilitou um maior controle sobre contendas que antes não era submetidas ao sistema de justiça.

Cerca de onze anos depois da instauração dos procedimentos restaurativos, houve a elaboração da lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Os assuntos de violência doméstica e familiar contra as mulheres passaram a ser objeto dos JVDs, e não mais dos JECRIMs (onde eram frequentemente caracterizados como infrações de menor potencial ofensivo). Essa euforia do combate à violência contra a mulher resultou em um novo movimento vitimológico, que fez com que o conceito de violência alcançasse dimensões moral e simbólica, ampliando, por consequência, as esferas de proteção legal às mulheres para além de uma simples sentença condenatória.

2.1 O MÉTODO DE COLETA DE DADOS EMPREGADO.

O método de coleta de informações aplicado pelos pesquisadores foi o de observar e entrevistar as vítimas durante os processos penais onde concerne-se a aplicação da Lei Maria da Penha, bem como durante audiências em varas criminais, sempre buscando-se compreender as percepções das vítimas quanto sua participação no processo penal e quanto ao seu grau de satisfação acerca do desfecho processual.

Tanto a observação quanto a entrevista desse número restrito de vítimas caracterizam a coleta qualitativa de dados, o que foi essencial para o sucesso da pesquisa em questão.

A valorização de um método qualitativo em detrimento a um quantitativo mostrou-se necessária para que, com um menor número de casos a se analisar, pudesse ser dada uma maior atenção às ações e vontades das vítimas ante suas condições e situações sociais. Isso possibilitou, ainda, uma maior flexibilidade do pesquisador em relação às perguntas realizadas às vítimas entrevistadas, criando um campo infinitamente mais amplo de respostas, o que não ocorreria caso o método utilizado tivesse sido o quantitativo.

Em síntese, a coleta de informações comuns às situações analisadas, que permitiu a formulação e comprovação de teorias, não se deu por um questionário rigoroso em sua completude, e sim pelas repetidas respostas que surgiram da própria liberdade que tinham as vítimas de manifestar suas opiniões e pontos de vista, bem como da possibilidade do pesquisador de poder introduzir novos questionamentos e indagações, adaptando seu questionário conforme o caso em tela.

Tendo em vista uma verificação da participação da vítima no processo penal tanto pelo contexto previsto pela lei 9.099/95 (referente aos procedimentos restaurativos) quanto pelo contexto previsto pela lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), os pesquisadores selecionaram dois diferentes quadros empíricos para desenvolver sua investigação. No primeiro quadro, analisaram processos de duas varas criminais da Comarca de São Paulo (capazes de julgar delitos com a lei 9.099/95, bem como casos de violência doméstica segundo a Lei Maria da Penha e casos ordinários). No segundo quadro, analisaram processos do primeiro JVD do estado de São Paulo, no Foro Central da Barra Funda (proporcionando um atendimento voltado exclusivamente para casos fundamentados pela Lei Maria da Penha).

Tanto em um quadro quanto no outro foi aplicado o método escolhido pelos pesquisadores (de observação e entrevista), sendo possível identificar exatamente como funciona a participação das vítimas no processo penal e se há verdadeiramente a garantia de seus direitos. Para se chegar às conclusões finais, foram acompanhadas 35 audiências, divididas entre duas varas criminais e um JVD.

É notável a eficiência do método qualitativo numa pesquisa deste tipo. Percebe-se com clareza a amplitude que a expressão subjetiva do entrevistado/observado pode alcançar, o que influencia diretamente a qualidade da pesquisa. No caso em tela, isso restou demonstrado na variedade de observações formuladas através das análises realizadas em audiências.

Posto isso, a pesquisa é concluída com propostas de alteração do Código Penal no que tange ao papel da vítima, visando a garantia de uma

maior participação das mulheres vítimas de violência doméstica no sistema processual penal ordinário.

Ao provar empiricamente que a devida asserção de medidas protetivas, informativas e assistenciais à vítima, por parte do Estado, tende a gerar resultados mais satisfatórios quando do desfecho dos procedimentos penais, o pesquisador tem maior credibilidade para defender as proposições que arguiu no sentido de combater o baixo protagonismo das vítimas ao decorrer dos procedimentos penais.

3. CONCLUSÕES FINAIS.

Assim, tendo em vista os objetivos pretendidos pela pesquisa nº 24/2010 e as conclusões resultantes das análises e observações realizadas por meio de pesquisa qualitativa em direito, pode-se afirmar que os pesquisadores foram bem sucedidos em seu propósito, conseguindo medir o grau de participação efetiva das vítimas de violência doméstica no processo penal.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

FRAGALHE FILHO, Roberto e VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnósticos e perspectivas. RBPG, v. 1, n. 2, p. 53-70, nov. 2004.

VERONESE, Alexandre. O papel da pesquisa empírica na formação do profissional de direito. Revista OABRJ, Rio de Janeiro, v. 27, n. Especial, p. 171-218, jan./jun. 2011.

O Papel da Vítima no Processo Penal. Série Pensando o Direito nº 24/2010 (http://justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/24pensando_direito.pdf).

A COMPRA E VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE.

DEBORA MAY PELEGRIM: Advogada OAB/SC 45263, colaboradora do Escritório Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados, na área de Direito de Família e Sucessões

É muito comum, ascendentes (pais), venderem bens para descendentes (filhos), a uma por desejar que determinado filho fique com o patrimônio escolhido para venda, a outra, porque entende que outros filhos, como os pais dizem, já estão encaminhados e este pode ter um negócio facilitado, de “pai para filho”.

Pode ser vendido bem para descendente?

Sim, pode, não há impedimento legal sobre venda para descendentes, por outro lado, a lei exige que sejam cumpridos alguns requisitos para o negócio ser revestido de legalidade.

São esses os requisitos

A lei exige que tenha o consentimento por escrito dos demais descendentes e igualmente do cônjuge do vendedor. No caso de venda de pai para filho, é necessário que a esposa do pai dê seu consentimento, assim como os demais filhos também concordem com o negócio, e sempre colocando suas assinaturas na escritura e eventuais contratos.

Se a venda for realizada para terceiros e depois ao descendente:

Se ficar provado que a venda, chamada indireta ou oblíqua, por passar por terceiro que não é descendente, foi realizada com o objetivo de simular e contornar a exigência legal, poderá ser igualmente anulada pelos demais descendentes que se sentirem lesados com o negócio.

Está escrito na lei:

Art. 496 do Código Civil. “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.”

Se foi realmente vendido a terceiro:

Se a venda foi realizada a terceiro e depois coincidentemente, este vendeu ao descendente do primeiro vendedor, para se prevenir uma discussão e por segurança, o ideal é que o adquirente igualmente solicite a anuência dos demais descendentes, pois, estes jamais poderão argumentar que houve um negócio simulado, eis que, apesar de ter ocorrido a compra e venda de forma indireta, foi dentro da lei.

E se o negócio foi realizado sem anuência:

Todo negócio jurídico que não estiver revestido das exigências legais, poderá ser levado ao crivo do judiciário para ser anulado, sempre obedecendo um prazo. E nesse caso não é diferente, pois o artigo 179 do mesmo código já citado assim permite: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.”

O cartório exige tal procedimento:

É comum os cartórios fazerem essa exigência, não realizando a escritura, no caso de ausência de consentimento, no entanto, se a venda ocorre por contrato particular de compra e venda e as partes só se dão conta muito tempo depois, quando vão fazer a transferência definitiva em cartório, até lá já realizaram benfeitorias importantes no imóvel, negociaram com terceiros ou ocorreram diversos fatores que tornam ainda mais difícil a regularização da situação.

O risco de constar apenas o valor venal:

Nem sempre o valor venal dos imóveis no cadastro da municipalidade está de acordo com o valor real, o que pode eventualmente gerar dúvidas futuras. Se uma venda for realizada de forma correta, com a anuência, e não houver nenhum documento que comprove o real valor pago, e ficar registrado apenas e tão somente na escritura, o valor venal consideravelmente inferior, pode ser questionado posteriormente. Assim, o correto é registrar os valores corretos,

arquivando recibos de pagamento, comprovantes de depósito, recibo de entrega de bens como parte do pagamento, afim de comprovar a eficácia do negócio.

DO MONOPÓLIO ESTATAL DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS: REFLEXÕES À INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Em harmonia com a dicção contida no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, a ordem econômica encontra-se centrada em dois postulados fundamentais, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Denota-se que, ao fixar os dois postulados como alicerces da ordem econômica, o Texto Constitucional de 1988 objetivou indicar que todas as atividades econômicas, independentemente de quem possa exercê-las, devem com eles encontrar compatibilidade. Das premissas ora mencionadas, extrai-se que, caso a atividade econômica estiver de alguma forma vulnerando os preceitos supramencionados, será a atividade considerada inválida e inconstitucional. Além disso, a intervenção do Estado na vida econômica substancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, sobremaneira quando identifica, em termos econômicos, a segurança como princípio. Repise-se, neste ponto, que a intervenção do Estado não poderá entender-se como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas, mas sim como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista. Assim, o presente busca promover uma análise acerca do monopólio estatal em determinadas atividades econômicas, por parte do Estado, como manifestação de intervenção.

Palavras-chave: Estado Executor. Domínio Econômico. Intervenção na Economia. Monopólio.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios; 2 Do Estado Executor; 3 Exploração Direta; 4 Exploração Indireta; 5 Do Monopólio Estatal das Atividades Econômicas: Reflexões à Intervenção do Estado no Domínio Econômico

1 Comentários Introdutórios

Em harmonia com a dicção contida no artigo 170 da Constituição Federal de 1988[1], a ordem econômica encontra-se centrada em dois postulados fundamentais, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Denota-se que, ao fixar os dois postulados como alicerces da ordem econômica, o Texto Constitucional de 1988 objetivou indicar que todas as atividades econômicas, independentemente de quem possa exercê-las, devem com eles encontrar compatibilidade. Das premissas ora mencionadas, extrai-se que, caso a atividade econômica estiver de alguma forma vulnerando os preceitos supramencionados, será a atividade considerada inválida e inconstitucional. Carvalho Filho, em complemento, vai afirmar que “fundamentos, na verdade, são os pilares de sustentação do regime econômico e, como tal, impõem comportamentos que não os contrariem”[2].

Assim, a ordem econômica, também nominada de “Constituição econômica”, pode ser apresentada, enquanto elemento integrante da ordem jurídica, como o sistema de normas, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva abarcada pela Constituição Federal de 1988 objetiva a transformação do mundo do ser. Neste aspecto, inclusive, a redação do artigo 170 afixa que a ordem econômica deverá estar alicerçada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, bem como ter por escopo assegurar a todos existência digna, consoante os ditames preconizados pela justiça social, observados determinadas diretivas. Diógenes Gasparini[3] vai afirmar que a intervenção do Estado no domínio

econômico como ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em determinada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais.

Além disso, a intervenção do Estado na vida econômica substancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, sobremaneira quando identifica, em termos econômicos, a segurança como princípio. Repise-se, neste ponto, que a intervenção do Estado não poderá entender-se como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas, mas sim como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista. Ora, a denominada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à concretização e à preservação do sistema capitalista de mercado. Sobre o papel desempenhado pelo Estado, no que toca à intervenção na ordem econômica, o Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento robusto que:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a união, estados-membros e o distrito federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Intervenção do estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a

serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a priviligia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI 1.950/ Relator: Ministro Eros Grau/ Julgado em 03 nov. 2011/ Publicado no DJ em 02 jun. 2006, p. 04).

Neste sentido, no que toca à valorização do trabalho humano, é importante estabelecer que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a Constituição consignou os valores sociais do trabalho, em seu artigo 1º, inciso IV[4]. A dicção do dispositivo coloca em destaque a preocupação do Constituinte em promover a conciliação entre os fatores de capital e trabalho de forma a atender aos preceitos da justiça social. Assim, em decorrência de tal alicerce, não encontra mais amparo, por exemplo, comportamentos que conduzam à escravidão ou a meios de trabalho capazes de colocar em risco a vida ou a saúde dos trabalhadores. Ademais, é crucial assinalar, ainda, que a justiça social apresenta escopo protetivo e direcionado a categorias sociais mais desfavorecidas.

No mais, a valorização do trabalho humano encontra relação intrínseca com os valores sociais do trabalho. Inexiste dúvida que, para condicionar o trabalho a aludidos valores, faz-se carecida a intervenção do Estado na ordem econômica. “A Constituição intervém notoriamente nas relações entre empregadores e empregados, estabelecidos nos arts. 7º a 11 um detalhado elenco de direitos sociais dos empregados”^[5], como leciona Carvalho Filho. Os mandamentos retratam a preocupação estatal em adequar o trabalho aos ditames da justiça social.

Ainda no que atina à valorização do trabalho humano, outro aspecto que decorre desse fundamento é o relativo à automação industrial. Assim, se o uso contemporâneo das recentes tecnologias faz parte do processo de desenvolvimento das empresas do país, não é menos verdadeiro que as máquinas não podem promover a substituição do homem para assegurar benefícios exclusivos do empresariado. Além disso, o Texto Constitucional é ofuscante ao impor a valorização do trabalho *humano*, logo, o homem deve ser considerado como alvo da tutela. A valorização do trabalho humano implica na necessidade de localizar o homem trabalhador em patamar mais elevado do que a outros concernentes a interesses privados, de maneira a ajustar o trabalho aos primados da justiça social.

O outro fundamento norteador da ordem econômica é o da liberdade de iniciativa, o qual indica que todas as pessoas têm o direito de ingressar no mercado de produção de bens e de serviços por sua conta e risco. Com efeito, o postulado em comento desdobra na liberdade de exploração das atividades econômicas sem que o Estado execute sozinho ou, ainda, concorra com a iniciativa privada. A livre iniciativa materializa o postulado maior do regime capitalista adotado no território nacional. Afora isso, o alicerce em foco encontra complementação na redação do parágrafo único do artigo 170 do Texto Constitucional^[6], consoante o qual a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização de órgãos públicos, à exceção das hipóteses expressamente consagradas no ordenamento jurídico vigente.

Tal como o postulado anterior, a liberdade de iniciativa materializa um fundamentos da própria República. Nesta senda, a aceção de livre iniciativa rememora que o Estado não é mero observador, mas desempenha papel de efetivo participante e fiscal do comportamento econômico dos particulares. Destarte, o Estado interfere, de fato, no domínio econômico, restringindo e condicionando a atividade dos particulares em favor do primado do interesse público. Carvalho Filho[7] vai mencionar que a garantia da liberdade de iniciativa ao setor privado goza de tamanha proeminência no regime vigente que prejuízos causados a empresários em decorrência da intervenção do Poder Público no domínio econômico são passíveis de serem indenizados em determinadas situações, nos termos preconizados no §6º do artigo 37 do Texto Constitucional de 1988[8], quando consagra a responsabilidade objetiva. O Supremo Tribunal Federal, em tal trilha, já decidiu que:

Ementa: Constitucional. Econômico.

Intervenção estatal na economia: regulamentação e regulação de setores econômicos: normas de intervenção. Liberdade de iniciativa. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37,

§ 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ RE 422.941/ Relator: Min. Carlos Velloso/ Julgado em 06 dez. 2005/ Publicado no DJ em 24 mar. 2006, p. 55).

Há um critério, ainda, que reclama apreciação. A aceção de liberdade de iniciativa, de certa forma, é antagônica à valorização do trabalho humano. Ora, a deixar-se à iniciativa privada inteira liberdade para exploração das atividades econômicas, existiria o risco inevitável de não se proteger o trabalho humano. Assim, é perceptível a necessidade de conciliar os fundamentos, desenvolvendo estratégias de restrições e condicionamentos à liberdade de iniciativa, com o escopo de que seja alcançada, de fato, a justiça social e os valores emanados.

2 Do Estado Executor

O Estado não atua apenas como regulador, mas também como executor, exercendo a atividade econômica. Com efeito, o exercício estatal de tais atividades não pode materializar como regra geral; ao reverso, o Texto Constitucional estabelece uma série de limitações a tal natureza, com o escopo primordial de preservar o princípio da liberdade de iniciativa, concedido aos particulares em geral, conforme preconiza o parágrafo único do artigo 170: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”^[9].

Na condição de exercente da atividade econômica, o Estado pode assumir duas posições distintas. A primeira consiste naquela que o próprio Estado se incumbe de explorar a atividade econômica por meio de seus órgãos internos. Carvalho Filho^[10], ao examinar tal posição, vai exemplificar que é verificável quando a Secretaria Municipal de Saúde passa a fornecer medicamentos ao mercado de consumo, com o escopo primordial de favorecer a aquisição por pessoas de baixa renda. Em tal hipótese, é possível sustentar que há *exploração direta* de atividades econômicas pelo Poder Público. Em decorrência da peculiar situação, a

atividade econômica acaba confundindo-se com a própria prestação do serviço público, eis que o fito do Estado é social e não persegue a obtenção do lucro.

Contudo, o que corriqueiramente ocorre é a criação, pelo Estado, de pessoas jurídicas a ele vinculadas, destinadas mais apropriadamente à execução de atividades de cunho mercantil. Para tanto, normalmente, são instituídas empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades adequadas a tais escopos. Conquanto sejam pessoas autônomas, que não se confundem com a pessoa do Estado, há que se reconhecer que o controle é exercido por esse, dirigindo e impondo a execução de seus objetivos institucionais. Destarte, caso elas não explorem diretamente a atividade econômica, é o Estado que, em uma fronteira, intervém na ordem econômica. Em tal cenário, é possível sustentar que a há *exploração indireta* das atividades econômicas pelo Estado.

3 Exploração Direta

A regra concernente à exploração direta de atividades econômicas pelo Estado se encontra materializada na redação do *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, preconizando que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”^[11]. O dispositivo em comento deve ser analisado em conjunto com o artigo 170, inciso IV e parágrafo único. Deste modo, a exploração das atividades econômica incumbe, como regra, à iniciativa privada, materializando um dos postulados alicerçantes do regime capitalista. Destarte, a hipótese consagrada no artigo 173 deve ser vista como medida excepcional. Assim, o próprio dispositivo afixou os limites ensejadores da atuação do Estado, logo, a regra é que o Estado não explore atividades econômicas, podendo, contudo, fazê-lo em aspecto excepcional, desde que estejam presentes os pressupostos nele estabelecidos.

É carecido repisar que, mesmo quando há exploração da atividade econômica, o Estado está preordenado, mediata ou imediatamente, à execução da atividade apta a traduzir benefício para a coletividade, retratando o interesse público. Carvalho Filho[12], neste sentido, vai apontar que não é possível conceber o Estado senão como sujeito apto a perseguir o interesse coletivo, logo, denota-se que a intervenção na economia apenas se correlaciona com a iniciativa privada porque é a esta que, inicialmente, incumbe a exploração. Entrementes, o escopo da atuação interventiva haverá de ser, a rigor, a busca pelo atendimento de algum interesse público, em que pese o Estado se revista com feições mercantis de comerciante ou industrial.

Outro ponto digno de destaque alude à inconveniência de o Estado imiscuir-se nas atividades econômicas. Com efeito, sempre que o Estado intervém no domínio econômico, apresenta-se ineficiente e incapaz de alcançar seus objetivos, desencadeando uma série de problemas. Não é possível comparar os resultados do Estado com aqueles alcançados pela iniciativa privada. Denota-se, em última instância, que o Estado não deve mesmo exercer a função de explorar as atividades econômicas. Logo, o papel que deve desempenhar é, prioritariamente, de Estado-regulador, controlador e fiscal, remanescendo o desempenho para as empresas de iniciativa privada.

Além disso, não é demasiado rememorar que nem sempre é fácil estabelecer a distinção entre os serviços públicos econômicos das atividades privadas eminentemente econômicas. Ambos propiciam lucratividade, porém, enquanto aquelas objetivam o atendimento de demandas da coletividade para assegurar sua maior comodidade, estas retratam atividade de aspecto empresarial, de indústria, de comércio ou serviços. Dessa forma, os primeiros encontram-se situados dentro da esfera normal de competência dos entes federativos, ao passo que as últimas devem ser inseridas no setor privado e, somente por via excepcional, à exploração direta pelo Estado.

Nesta linha, ao considerar que o Texto Constitucional[13] é ofuscante em não conceder liberdade ao Estado para explorar atividades dotadas de cunho econômico, três pressupostos, porém, são afixados para

legitimar a intervenção. O primeiro é a *segurança nacional*, materializando pressuposto de natureza claramente política. Assim, caso a ordem econômica seja norteadada pelos particulares estiver causando algum risco à soberania do país, fica o Estado autorizado a intervir no domínio econômico, direta ou indiretamente, com o escopo de restabelecer a paz e ordem sociais.

Outro pressuposto é o *interesse coletivo relevante*, que, de acordo com o escólio de José dos Santos Carvalho Filho^[14], traduz-se em conceito jurídico indeterminado, posto que lhe faltam a precisão e a identificação necessárias à sua determinabilidade. Em decorrência de tal aspecto, o Texto Constitucional^[15] afixou que essa concepção seria espalhada em legislação infraconstitucional, incumbindo, portanto, ao Estado editar lei definidora de *interesse coletivo relevante* para permitir a intervenção legítima do Estado no domínio econômico.

O terceiro pressuposto encontra-se implícito no dispositivo legal. Assim, ao ressaltar os casos abarcados na Constituição de 1988, está a admitir que apenas o fato de existir disposição em que haja permissividade intervenção contida no texto é suficiente para promover a autorização da exploração da atividade econômica pelo Estado, independentemente de ser hipótese de segurança nacional ou de interesse coletivo relevante. Neste cenário, há interesse coletivo relevante presumido, pois se encontra inserto na Constituição de 1988, conquanto não foi definido em lei. Em síntese, é possível afirmar que a atuação do Estado como explorador da atividade econômica é, em princípio, vedada, encontrando permissão apenas quando: (i) o exigir a segurança nacional; (ii) atende o interesse coletivo relevante; (iii) houver expresso permissivo constitucional.

4 Exploração Indireta

A forma mais comum pela qual o Estado intervém no domínio econômico é por meio de entidades paraestatais, isto é, as sociedades de economia mista e as empresas públicas são as entidades atreladas ao Estado às quais se atribui a tarefa de intervir no domínio econômico. Em tal situação, o Estado não é o executor direto das atividades econômicas,

socorrendo-se das entidades que têm a sua criação autorizada por lei e já nascem com os escopos predeterminados, nos termos estatuídos no inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal[16]. Aludidas entidades realmente explorarão as atividades econômicas para as quais a lei as destinou. No mais, a exploração indireta de atividades econômicas pelo Estado encontra previsão na redação do §1º do artigo 173 do Texto Constitucional, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998[17], que modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

É oportuno anotar que a referida lei disporá sobre vários aspectos, a exemplo da função social e a forma de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. Carvalho Filho, em seu escólio, vai “conceituar a exploração indireta do Estado como aquela pela qual exercer atividades econômicas por intermédio de entidades paraestatais a ele vinculadas e por ele controladas”[18].

Do cotejo da redação do dispositivo constitucional aludido alhures, verifica-se que são enumeradas três categorias de pessoas jurídicas vinculadas ao Estado que podem explorar atividades econômicas. As duas primeiras são as denominadas empresas públicas e sociedades de economia mista, que se caracterizam por serem destinadas a dois escopos, a saber: (i) o desempenho de atividade econômica; (ii) a prestação de serviços públicos. Assim, quando exercem atividades econômicas, mencionadas entidades, que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, podem atuar como verdadeiras

particulares no campo mercantil, seja no setor de comércio, seja no de indústria e, ainda, no de serviços.

O dispositivo, ainda, alude a categoria de empresas subsidiárias, que são aquelas que, derivando de empresas públicas e sociedade de economia mista primária, estão sob o controle destas no que tange ao capital e, com efeito, às diretrizes operacionais. São, também, denominadas de empresas de *segundo grau*, pois que, a seu turno, podem controlar o capital de entidades derivadas, de *terceiro grau*, e sucessivamente. Fora das primárias, todas as subsidiárias e, em decorrência do mandamento constitucional, exigem autorização legislativa para sua instituição.

Além disso, a execução de atividades econômicas por essas empresas paraestatais apresentam aspectos positivos e negativos. Como fatores positivos, é possível mencionar a personalidade jurídica própria e a autonomia financeira, assim como objetivos econômicos claramente definidos. Em contraparte, como característico negativo, é possível aludir que mesmo norteadas para objetivos econômicos, não poderão se afastar do interesse geral. “O certo é que, contemplando expressamente tais entidades, a Constituição autoriza, também de forma expressa, que elas sirvam de meio para a execução pelo Estado, de forma indireta, de atividade de caráter mercantil”^[19]. Ao lado do exposto, cuida, ainda, ponderar que autarquias e fundações públicas, conquanto também estejam vinculadas e controladas pelo Estado, não se prestam à execução de atividades econômicas, incompatíveis com sua natureza de entidades sem fins lucrativos, sem aspecto mercantil e voltadas para atividades eminentemente sociais.

Além disso, o Texto Constitucional^[20] é cristalino quando impõe que essas entidades se sujeitem a regime próprio das empresas privadas, no que toca às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Verifica-se, assim, que o advérbio *inclusive* empregado no dispositivo em destaque não teve outro escopo senão enfatizar quais os campos do regime privado que não poderiam deixar de aplicar-se às empresas paraestatais –

o regime privado, trabalhista e tributário. Implica dizer, portanto, que os empregados devem sujeitar-se à CLT e que se tornam contribuintes tributários nas mesmas condições que as empresas privadas. Excetua-se, porém, que o regime aplicável às empresas privadas não estão cerceadas a esses dois campos; ao reverso, o texto estabelece que as empresas paraestatais estão submetidas a todo o regime aplicável às empresas privadas. Neste sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento que:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Alínea "d" do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Aprovação do provimento, pelo Executivo, dos cargos de presidente das entidades da administração pública indireta estadual pela Assembléia Legislativa. Alegação de violação do disposto no artigo 173, da Constituição do Brasil. Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. Regime jurídico estrutural e regime jurídico funcional das empresas estatais. Inconstitucionalidade parcial. Interpretação conforme à Constituição. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das

empresas privadas. [...] (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI 1.642/ Relator: Ministro Eros Grau/ Julgado em 03 abr. 2008/ Publicado no DJe em 18 set. 2008, p. 194).

Ementa: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Administração pública indireta. Sociedade de economia mista. Concurso público. Inobservância. Nulidade do contrato de trabalho. Efeitos. Saldo de salário. 1. Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contratação não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento do saldo de salários dos dias efetivamente trabalhados, sob pena de enriquecimento sem causa do Poder Público. Precedentes. 2. A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas -- art. 173, §1º, II da CB/88 --- não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CB/88, que se refere à investidura em cargo ou emprego público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ AI 680.939 AgR/ Relator: Ministro Eros Grau/ Julgado em 27 nov. 2007/ Publicado no DJe em 31 jan. 2008).

Ementa: Constitucional. Advogados. Advogado-empregado. Empresas públicas e sociedades de economia mista. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º. I. - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que

explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º. II. - Suspensão parcial da eficácia das expressões "às empresas públicas e às sociedades de economia mista", sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. III. - Cautelar deferida. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI nº 1.552 MC/ Relator: Ministro Carlos Velloso/ Julgado em 17 abr. 1997/ Publicado no DJ em 17 abr. 1998, p. 88).

Ora, a mens legis contida no dispositivo em comento assinala que se as empresas paraestatais tivessem prerrogativas e vantagens específicas do Estado, elas poderiam usufruir de maiores facilidades que as empresas privadas, o que, com efeito, causaria a ruptura do princípio da livre concorrência e do equilíbrio do mercado. Assim, quis deixar plasmado que o fato de serem instituídas, controladas e fiscalizadas pelo Estado não será idôneo para coloca-las em vantagens perante suas congêneres privadas. Ao contrário, tal como poderiam usufruir as vantagens destas, teriam também de suportar seus ônus e dificuldades.

Afora isso, a regra contida no dispositivo não pode ser interpretada literalmente, bem como a sujeição ao regime jurídico das empresas privadas também tem que ser visto pontualmente. Nesta linha, por mais que se aproximem das empresas de iniciativa privada e que sofram a incidência do regime jurídico destas, é ofuscante que não podem afastar os influxos de algumas regras advindas do direito público, indispensáveis na hipótese de que se espanca, isto é, de pessoas

administrativas atreladas imprescindivelmente a uma pessoa federativa. Mesmo se tratando de pessoas privadas, as entidades encontram-se sujeitas às regras de vinculação com a respectiva Administração Pública Direta; obrigam-se à prestação de contas ministerial e ao Tribunal de Contas, tanto quanto à Administração; só podem promover recrutamento mediante concurso público de provas ou de provas e títulos; são norteadas pelo corolário da obrigatoriedade da licitação[21], além de outras normas de direito público inaplicáveis às empresas de iniciativa privada.

Denota-se, assim, que se trata de um *regime híbrido* por meio do qual, de um lado, sofrem o influxo das normas de direito privado, no momento em que exploram atividades econômicas, e, de outro, submetem-se aos ditames de direito público, no que toca aos efeitos advindos de sua relação jurídica com o Estado. Inexiste dúvida que, mesmo diante de promulgação de lei que regule o estatuto jurídico da empresa pública ou da sociedade de economia mista, continuará o regime híbrido, porquanto, apesar de se aproximarem das pessoas de iniciativa privada, nunca deixarão de ser entidades que foram criadas pelo Estado, logo, terão que se sujeitar à incidência de normas de direito público.

Outro aspecto a ser anotado faz alusão ao fato das entidades paraestatais são destinadas ao desempenho de atividades mercantis e agem como particulares, nas relações de mercado. Ademais, aludidas entidades nunca podem estar preordenadas apenas aos interesses econômicos, como as instituições de iniciativa privada em geral, porém, ao revés, devem buscar sempre o atendimento do interesse público. Ora, há que reconhecer esse é o fim último da atuação do Estado; a atuação interventiva na ordem econômica não pode ser um meio senão para a persecução e alcance de tal fito.

Atinente aos privilégios fiscais, o §2º do artigo 173 da Constituição Federal[22] preconiza que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. É possível dizer que a impossibilidade da concessão de privilégios fiscais às empresas paraestatais encontra localização dentro do princípio de que a elas se aplica o regime jurídico das empresas privadas, incluindo-se em tal concepção as obrigações

tributárias. “O excesso normativo, porém, embora não muito técnico, revela a vontade do Constituinte de dar ênfase a aspectos especiais que envolvem a atuação do Estado no domínio econômico através de empresas paraestatais”[23], conforme observa Carvalho Filho. No mais, cumpre assinalar que o Estado não está proibido de conceder privilégios fiscais a suas empresas; a vedação repousa na premissa que tais privilégios sejam concedidos a elas apenas, logo, se as empresas paraestatais forem beneficiadas com privilégios fiscais, estes incidirão também sobre as empresas de iniciativa privada. Desta feita, trata-se, portanto, de materialização maximizada do corolário da isonomia.

5 Do Monopólio Estatal das Atividades Econômicas: Reflexões à Intervenção do Estado no Domínio Econômico

O termo *monopólio* significa a exploração exclusiva de um negócio, em razão da concessão de um privilégio. Gasparini[24] vai lecionar que o monopólio é a abolição da concorrência, logo, em termos jurídicos, tal termo é considerado como a supressão de uma atividade do regime da livre iniciativa, imposta pelo Estado em benefício do interesse coletivo. O Texto Constitucional, de maneira ofuscante, vedou o monopólio privado, porquanto permite a dominação do mercado e a eliminação da concorrência, fatores capazes de refletir abuso do poder econômico. Figueiredo, ainda, vai lecionar que:

O conceito de monopólio é de caráter eminentemente econômico, traduzindo-se no poder de atuar em um mercado como único agente econômico, isto é, significa uma estrutura de mercado em que uns (Monopólio) ou alguns produtores (Oligopólio) exercem o controle de preços e suprimentos, não sendo possível, por força de imposição de obstáculos naturais ou artificiais, a entrada de novos concorrentes. Monopólio é a exploração exclusiva de determinada atividade econômica por um único agente, não se admitindo a entrada de outros competidores. Outrossim, por atividade econômica entende-se todo o processo de

produção e circulação de bens, serviços e riquezas na sociedade[25].

É oportuno consignar que, doutrinariamente, o *monopólio* pode ser classificado em três categorias diversas, a saber: natural, convencional e estatal ou legal. O primeiro pode ser descrito como aquele advindo da impossibilidade física da mesma atividade econômica por parte de mais de um agente, pois a maximização de resultados e a plena eficiência alocativa dos recursos só serão alcançadas quando a exploração se materializar por meio do regime da exclusividade. O *monopólio natural* pode advir do direito à exploração patenteada e exclusiva de determinado fator de produção, assim como da maior eficiência competitiva de específico agente em face de seus demais competidores.

Verifica-se, portanto, que a modalidade em comento resulta de aspectos naturais, por meio de avanços tecnológicos nos fatores de produção desenvolvidos por determinada empresa, ou nos casos em que esta detém a patente sobre aquele ou, ainda, em que decorre da única fonte de matéria prima para tanto ou nas impossibilidades física ou jurídica de exploração da atividade por outros agentes. Além disso, é oportuno anotar que tal modalidade não encontra barreira na Constituição, encontrando permissão pelo legislador infraconstitucional, consoante se infere do artigo 36, §1º, combinado com o inciso II do mesmo dispositivo legal, ambos da Lei nº 12.159, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências, ao dispor que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”[26], ou seja, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”[27].

Por sua vez, o *monopólio convencional* advém de práticas abusivas de agente econômicos, assim como de acordos e contratos

afixados por dois ou mais agentes, com o escopo de eliminar os demais competidores, submetendo aquela atividade sob a exploração exclusiva por parte de um único agente (monopólio) ou de poucos agentes pré-estabelecidos (oligopólio). A modalidade em comento encontra vedação no Estado brasileiro, porquanto a ordem econômica nacional apregoa como princípio a defesa da concorrência, não permitido o Estado a criação de infração à ordem econômica, tal como quaisquer práticas consideradas economicamente abusivas pelo Poder Público, conforme artigo 36[28] e seu §3º[29].

Por fim, a terceira modalidade, o *monopólio legal* ou *estatal*, substancializa “exclusividade de exploração de atividade econômica estabelecida pelo Poder Público para si ou para terceiros, por meio de edição de atos normativos” [30]. Assim, tal modalidade encontra assento quando o Poder Público subtrai dos particulares determinadas atividades econômicas, com o escopo de mantê-las sob controle e exploração do Estado, em decorrência de razões de ordem pública. O Texto Constitucional vigente, em decorrência do paradigma da liberdade de iniciativa, vedou, de maneira cristalina, ao Estado, em decorrência de razões lógicas, a assunção exclusiva de qualquer atividade econômica. Ora, seja por via executiva, legislativa ou judiciária, é defeso ao Estado promover o afastamento da iniciativa dos particulares de qualquer atividade econômica, excetuadas as hipóteses consagradas no próprio Texto Constitucional de 1988.

No mais, a empresa monopolista, a curto prazo, tem condições de obter máximo lucro e não carece de se ajustar aos preços do mercado. Ora, conforme observa Carvalho Filho, “não é difícil observar que tal situação é totalmente incompatível com o sistema adotado na Constituição, cabendo no caso a presença do Estado-Regulador”[31]. Contudo, não se verifica tal hipótese no monopólio estatal, ou seja, é aquele que é exercido pelo Estado ou por delegados expressamente autorizado a tanto. As distinções, em tais cenários, são patentes. Enquanto o monopólio privado apresenta o fito de ampliar os lucros e o interesse privado, o monopólio estatal tem por objetivo o atendimento e da proteção do interesse público.

Além disso, a exclusividade de atuação do Estado em específico setor econômico ostenta aspecto protetivo, e não lucrativo, encontrando, por tal motivo, abrigo no Texto de 1988. No mais, em harmonia com o artigo 173, *caput*, da Constituição Federal, estabelece que a exploração da atividade econômica pelo Estado em regime de monopólio se apresenta como imperiosa – e não facultativo –, quando se trate de imperativo advindo da segurança nacional[32]. Destarte, é possível, a partir de tais elementos, definir o *monopólio estatal* como a atribuição conferida ao Estado para desempenhar, de maneira exclusiva, certa atividade do domínio econômico, considerando, para tanto, as exigências peculiares do interesse público.

No que atina à natureza jurídica, é possível aludir que o monopólio estatal tem natureza de atuação interventiva do Estado, direta ou indiretamente, dotada de caráter exclusivo, em determinado setor da ordem econômica. “É atuação interventiva exclusiva porque a exploração da atividade pelo Estado afasta os particulares do mesmo ramo”[33], podendo ser direta ou indireta, pois tanto o Estado como uma de suas entidades atreladas podem explorar a atividade, conquanto a reserva do controle sempre seja pertencente àquele. Afora isso, o monopólio, embora direcionado à atividade econômica, é meio interventivo que atende, igualmente, à ordem social.

Ao esmiuçar o conjunto constitucional, é possível identificar dois tipos de monopólio legal ou estatal, a saber: monopólio expresso e monopólio implícito. Nesta dicção, de acordo com o artigo 177 da Constituição, são atividades expressamente monopolizadas: (i) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (ii) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; (iii) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; (iv) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; (v) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com

exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 da Constituição Federal.

Perceba-se, no elenco constitucional supramencionado, que duas são as atividades monopolizadas, quais sejam: atividades petrolíferas e materiais nucleares. Neste passo, a Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995, que dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos, foi responsável por inserir profunda alteração no regime monopolístico concernente ao petróleo, sobremaneira quando conferiu nova redação ao §1º do dispositivo supra[34], promovendo redução do monopólio, em especial quando passou a consignar que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV. Ora, a atividade petrolífera continua sob o monopólio do Estado, conquanto, atualmente, seja possível a concessão de privilégios[35] a outras pessoas.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 49, de 08 de fevereiro de 2006[36], que altera a redação da alínea *b* e acrescenta alínea *c* ao inciso XXIII do *caput* do art. 21 e altera a redação do inciso V do *caput* do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais, foi responsável por atenuar o monopólio concernente à pesquisa, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares, bem como seus derivados, passando a admitir a produção, comercialização e utilização de radioisótopos por particulares sob o regime de permissão. Inclusive, é oportuno consignar que tal abrandamento do monopólio encontra previsão nas alíneas “*b*” e “*c*” do inciso XXIII do artigo 21 da Constituição Federal, em especial ao dispor que:

Art. 21. Compete à União: [omissis]

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de

minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [omissis]

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; [37]

No mais, além daquelas atividades expressamente monopolizadas, é possível identificar outras que são implicitamente, encontrando previsão no artigo 21 do Texto Constitucional, a saber: a emissão de moedas (inciso VII); o serviço postal (inciso X); a exploração de serviços de telecomunicações (inciso XI); e a exploração de serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; de serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; de navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; de serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; de portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII, alíneas “a” a “f”). Em todas as mencionadas atividades, a União é a detentora do monopólio da atividade econômica.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995.** Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.** Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 49, de 08 de fevereiro de 2006.** Altera a redação da alínea b e acrescenta alínea c ao inciso XXIII do caput do art. 21 e altera a redação do inciso V do caput do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2017.

_____. **Lei nº 12.159, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 17, fev.-abr. 2009, p. 01-26. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012;.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 836.

[3] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[4] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [omissis] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

[5] CARVALHO FILHO, 2011, p. 837.

[6] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[7] CARVALHO FILHO, 2011.

[8] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [omissis] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos”.

[9] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[10] CARVALHO FILHO, 2011.

[11] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[12] CARVALHO FILHO, 2011.

[13] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[14] CARVALHO FILHO, 2011.

[15] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[16] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [omissis] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa

pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”.

[17] *Idem*. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[18] CARVALHO FILHO, 2011, p. 854.

[19] CARVALHO FILHO, 2011, p. 855.

[20] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[21] CARVALHO FILHO, 2011.

[22] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[23] CARVALHO FILHO, 2011, p. 857.

[24] GASPARINI, 2012.

[25] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 17, fev.-abr. 2009, p. 01-26. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017, p. 11.

[26] BRASIL. **Lei nº 12.159, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei

nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[27] *Ibid.*

[28] BRASIL. Lei nº 12.159, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017: “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

[29] *Ibid.* “§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação

de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

[30] FIGUEIREDO, 2009, p. 12.

[31] CARVALHO FILHO, 2011, p. 857.

[32] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: .

Acesso em 15 jan. 2017. “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

[33] CARVALHO FILHO, 2011, p. 858.

[34] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[35] CARVALHO FILHO, 2011, p. 858. Monopólio é o fato econômico que retrata a reserva, a uma pessoa específica, da exploração da atividade econômica. Nem sempre, no entanto, o titular do monopólio é aquele que explora a atividade. Pode delegar a atuação a outra pessoa. Privilégio é a delegação do direito de explorar a atividade econômica a outra pessoa. Sendo assim, só quem tem o monopólio tem idoneidade para conceder privilégios.

[36] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 49, de 08 de fevereiro de 2006**. Altera a redação da alínea b e acrescenta alínea c ao inciso XXIII do caput do art. 21 e altera a redação do inciso V do caput do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[37] *Idem*. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017