

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 848

(Ano X)

(07/04/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



06/04/2018 Maria Berenice Dias

» [Agora alienação parental dá cadeia!](#)

ARTIGOS

06/04/2018 Maria Luiza de Moraes Kunert

» [Imunidade das instituições de educação e assistência social](#)

06/04/2018 Leonardo de Tajaribe R.H. da Silva Junior

» [Responsabilidade do agente financeiro no crime de lavagem de dinheiro, Willfull Blindness e domínio do fato](#)

06/04/2018 Raquel Giovanini de Moura

» [Princípios de Paris: Defensoria Pública da União como instituição nacional de direitos humanos](#)

06/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [O Direito Internacional Ambiental](#)

05/04/2018 Raquel Giovanini de Moura

» [Serviços Socioassistenciais e legitimidade da Defensoria Pública para tutelar os direitos das pessoas em situação de rua](#)

05/04/2018 Maria Luiza de Moraes Kunert

» [Aspectos Pricipiológicos das Leis de Processo Administrativo Estadual](#)

05/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [O Brasil e os Tratados Internacionais](#)

05/04/2018 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Corruptissima republica quae plurimae leges: A lei como fonte do injusto, do pecado ou do nada](#)

04/04/2018 Tayse Gleyse de Jesus Pereira

» [Estudo da responsabilidade civil aplicada aos empreiteiros perante as relações contratuais de obras civis](#)

04/04/2018 José Eduardo Silvério Ramos

» [Terreno de marinha e a regra-matriz de incidência da taxa de ocupação](#)

04/04/2018 Vagner Luciano de Andrade

» [Percepção ambiental, paisagem esportiva e meio cultural: a importância da recuperação ecológica das áreas urbanas do Conjunto Moderno da Pampulha, Patrimônio Cultural da Humanidade, Belo Horizonte - MG](#)

04/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [Negócios Internacionais](#)

03/04/2018 Tayse Gleyse de Jesus Pereira

» [Estudo da suspensão do processo por impedimento e suspeição do juiz com base no Código Processual Civil de 2015](#)

03/04/2018 Illa Karla Ramos Araujo

» [Negócio jurídico processual e estabilização da tutela antecipada antecedente](#)

03/04/2018 Marcele Marques Rodrigues

» [O Ressurgimento do Direito Romano na Baixa Idade Média](#)

03/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [Migração na visão da nova lei](#)

02/04/2018 Marcele Marques Rodrigues

» [História do Imposto Sobre a Renda de Pessoa Física no Brasil: Injustiça social e concentração de renda](#)

02/04/2018 Diogo Alexandre Restani

» [A Lei dos Juizados Especiais Criminais e a Lei Maria da Penha](#)

02/04/2018 Angelica Knop

» [O crime de injúria simples e a criminalização do cotidiano](#)

02/04/2018 Roberto Rodrigues de Moraes

» [Terceiro Setor tem obrigações contábeis e tributárias a cumprir em 2018](#)

02/04/2018 Felipe Caputti Teixeira

» [Provedores de aplicações e a soberania do Estado](#)

02/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [Jornada semanal de trabalho de profissionais de saúde é de 60 horas](#)

MONOGRAFIAS

02/04/2018 Kleber Soares de Araújo

» [Análise da relação contratual dos motoristas da empresa UBER sob o prisma dos elementos que caracterizam a relação de emprego no Direito do Trabalho](#)

AGORA ALIENAÇÃO PARENTAL DÁ CADEIA!

MARIA BERENICE DIAS: Advogada especializada em Direito Homoafetivo; Ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do RS; Vice-Presidente Nacional do IBDFAM; Autora de vários livros jurídicos.

Desqualificar, tentar afastar o filho do outro genitor é uma realidade que sempre existiu. Não só depois da separação dos pais, mas até durante o relacionamento. Esta realidade, no entanto, não era percebida ou reconhecida. Muito menos, punida.

No entanto, quando os pais foram convocados a participar mais ativamente da vida dos filhos, graças ao ingresso da mulher no mercado de trabalho e nas instâncias do poder, descobriram eles as delícias a paternidade. Assim, finda a relação de conjugalidade não se conformaram com o direito de visitar os filhos quinzenalmente, como era de praxe. Passaram a reivindicar uma convivência mais frequente e a continuarem participando de forma efetiva de sua criação e educação. Foi este movimento que ensejou o estabelecimento da guarda compartilhada (CC, arts. 1.583 e 1.584) e a edição da lei da alienação parental (Lei 12.318/2010).

Ambas as normatizações – verso e reverso da mesma moeda – são criticadas por poucos e descumpridas por muitos. A começar pela Justiça que ainda insiste em assegurar à mãe – quase como prêmio de consolação – a “base de moradia” dos filhos (CC, art. 1.583 § 3º). Dita expressão não dispõe de conteúdo jurídico, pois não corresponde nem ao conceito de residência e nem de domicílio (CC, arts. 70 e 71). De qualquer modo, morando os pais na mesma cidade ou em lugares distintos, é de todo desnecessária tal estipulação. Na guarda compartilhada, o filho dispõe de dupla residência. Seu domicílio é o lugar onde ele se encontra, ora com um, ora com o outro dos pais, pelo tempo que for.

Na guarda compartilhada, às claras, não haveria a necessidade do estabelecimento de um regime de convivência. Porém, como esta modalidade de convívio deve ser imposta mesmo quando inexistente

consenso entre os pais (CC, art. 1.584, § 2º), a fixação de datas mostra-se salutar. Evita que um submeta-se ao poder decisório do outro. O regime de alternância, no entanto, não é suficiente para que a guarda compartilhada seja efetiva. É necessário assegurar a ambos os pais o direito de ter o filho em sua companhia fora dos períodos estabelecidos, sem que tenha que se submeter à concordância do outro ou a eventual compensação. Basta haver uma justificativa para que tal ocorra (por exemplo, casamento ou aniversário de algum parente), para que o genitor fique autorizado a ter o filho em sua companhia, independente da vontade do outro.

Apesar da regulamentação legal, tanto o descumprimento do regime de convivência como a prática de a alienação parental não impõe qualquer sanção a quem assim age. As consequências estabelecidas na lei (por exemplo, redução de prerrogativas, alteração da guarda ou suspensão da autoridade parental), são medidas que vêm em benefício do filho, em razão do agir indevido de um de seus pais.

A Leiº 13.431/2017, em vigor a partir de 05 de abril, estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Reconhece como forma de violência psicológica os ato de alienação parental (art. 4º, II, b), sendo assegurado à vítima o direito de, por meio de seu representante legal, pleitear medidas protetivas contra o autor da violência, à luz do disposto no ECA e na Lei Maria da Penha (art. 6º e parágrafo único).

O ECA assegura a crianças e adolescentes aplicação de medidas de proteção quando vítimas da omissão ou do abuso dos pais ou responsáveis (ECA, art. 98, II), atribuindo-lhes a obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais (ECA, art. 22). Verificadas as hipóteses de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, a autoridade judiciária pode determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, além da fixação provisória de alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor (ECA, art. 130 e parágrafo único).

A Lei Maria da Penha autoriza o juiz a aplicar, além das medidas protetiva elencadas, medidas outras, sempre que a segurança da vítima ou as circunstâncias o exigirem (LMP, art. 22 e § 1º). Para garantir a efetividade

das medidas protetivas de urgência, pode o juiz requisitar o auxílio da força policial (LMP, art. 22 § 3º) e, a qualquer momento, decretar a prisão preventiva do agressor, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (LMP, art. 20). E, agora, o descumprimento das medidas protetivas de urgência tornou-se infração penal (Lei 13.641, de 3/04/2018): pena de detenção de 03 meses a dois anos.

Deste modo há que se reconhecer que nas mesmas penas incorre quem pratica atos de alienação parental, considerados como violência psicológica que afronta os direitos e garantias de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Descumprida medida protetiva que assegure, por exemplo, o exercício da guarda compartilhada, além de o juiz decretar a prisão preventiva do infrator – pai, mãe ou responsável – fica ele sujeito a processo criminal.

Esta é a grande novidade. Reconhecida a alienação parental como violência psicológica, pode o juiz aplicar as medidas protetivas da Lei Maria da Penha (Lei 13.431/2017, art. 4º, II, b) e art. 6º). Descumprida a medida imposta, além da prisão preventiva (LMP, art. 20) o alienador comete crime de desobediência (LMP, art. 24-A, acrescentado pela Lei 13.64/2018).

Ou seja, pela vez primeira é possível penalizar quem – ao fim e ao cabo – deixa de atentar ao melhor interesse dos filhos.

IMUNIDADE DAS INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL

MARIA LUIZA DE MORAES KUNERT:
Pós Graduada em Direito Tributário e Direito Administrativo. Exerce o cargo público efetivo de Especialista em Regulação na Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel e é membro da Comissão de Ciência e Tecnologia da OAB/SP.

RESUMO: O presente trabalho visa estudar a imunidade conferida pela Constituição às entidades de educação e assistência social. Traz-se aqui a jurisprudência recente da Suprema Corte quanto às ampliações dessa imunidade e quanto aos requisitos necessários para que a imunidade seja conferida às referidas entidades.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário, Imunidade, Imunidade das Instituições de Educação e Assistência Social.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Imunidades tributárias. 3. As imunidades genéricas previstas no art. 150 da Constituição Federal. 4. A imunidade das instituições de educação e assistência social em relação aos impostos. 5. Imunidade das entidades de beneficentes de assistência social quanto às contribuições para a seguridade social. 6. Requisitos para a concessão da imunidade às entidades de educação e assistência social. 7. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu art. 150 define as limitações do poder de tributar. Segundo alguns autores, este artigo define direitos e garantias fundamentais ao contribuinte, positivando princípios essenciais às liberdades individuais e coletivas.

Não deixa de ocorrer o mesmo com o inciso VI do mesmo artigo, que define diversas imunidades previstas no texto constitucional e dentre elas a

imunidade das instituições de educação e assistência social no tocante aos impostos.

O objetivo do presente trabalho é descrever como a Suprema Corte tem aplicado as imunidades supramencionadas, de maneira ampliativa, bem como descrever os requisitos para a concessão dessas imunidades, segundo a jurisprudência recente.

2. IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

As imunidades tributárias são importantes institutos de proteção a direitos e garantias fundamentais. Paulsen (2017, p. 108) afirma essa característica das imunidades, ressaltando a sua importância como cláusulas pétreas e distinguindo-a da regra constitucional da desoneração tributária das exportações:

Também podem ser percebidas e consideradas como garantias fundamentais quando estabelecidas com o escopo de proteger direitos fundamentais como o da liberdade de crença (imunidade dos templos) ou da manifestação do pensamento (imunidade dos livros). Tais imunidades compõem o estatuto jurídico-constitucional de tais garantias fundamentais, de modo que as integram.

A importância de tomar uma imunidade como garantia fundamental está em lhe atribuir a condição de cláusula pétrea inerente aos direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 60, § 4o, da Constituição Federal.

Note-se que há uma enorme diferença axiológica entre a imunidade dos livros a impostos, prevista no art. 150, VI, d, da Constituição, e a imunidade das receitas de exportação a contribuições sociais e interventivas, prevista no art. 149, § 2o, I, da Constituição. A primeira assegura a liberdade de manifestação do pensamento, preservando a democracia, o pluralismo, o acesso à informação, de modo que configura cláusula pétrea, não podendo ser revogada nem restringida pelo poder constituinte derivado. A segunda constitui simples elevação, em nível constitucional, da

política de desoneração das exportações, podendo ser revogada ou alterada pelo constituinte derivado.

De acordo com Abraham (2018), as imunidades tributárias, muitas vezes consideradas modalidades de princípios tributários, constituem limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado que desoneram certas pessoas e situações do pagamento de tributos, buscando evitar restrições de natureza fiscal a valores relevantes reconhecidos pelo ordenamento constitucional.

Assim, as imunidades, conforme grande parte da doutrina, podem ser definidas como limitação constitucional à competência do ente federativo para instituir tributo. Recorre-se à doutrina de Machado (2010):

Imunidade e o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária.

Há parte da doutrina que entende que a imunidade não pode ser uma limitação ao poder de tributar, porquanto estabelecida anteriormente ao exercício desse poder (Machado, 2010, p. 300). É certo que a imunidade é uma regra que participa da demarcação da competência tributária, sendo parte desta. Assim, de acordo com Paulsen, (2017, p. 108).

As imunidades são normas negativas de competência tributária. Tem suporte constitucional, ainda, considerá-las como limitações ao poder de tributar, sendo certo que a Constituição arrola as imunidades genéricas justamente na seção que cuida das limitações ao poder de tributar.

Assim, quer consideremos as imunidades como direitos e garantias fundamentais ou normas negativas de competência tributária, é certo que protegem o contribuinte e impedem o ente federativo de criar tributos sobre a dada situação descrita expressa ou implicitamente na Constituição.

Insta-se frisar que a CRFB não utiliza o termo “imunidade”. A Carta Magna utiliza os termos “isenção”, “não incidência”, “são gratuitos”, etc., para se referir às imunidades tributárias. O próprio STF já reconheceu a natureza de imunidade a essas regras constitucionais de “não incidência” e de “isenção”. É o caso do RE 212.637, e da ADI 2028 (Paulsen, 2017, p. 107).

3. AS IMUNIDADES GENÉRICAS PREVISTAS NO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O art. 150 da CRFB, em seu artigo 150, VI, prevê uma série de imunidades genéricas, ora subjetivas, isto é, referentes a pessoas, ora objetivas, ou seja, referente a coisas. Pode ser visto na sua redação, abaixo, que as imunidades constantes das alíneas “a”, “b”, e “c” são subjetivas e das alíneas “d” e “e” são objetivas.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
- e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 75, de 15.10.2013)

§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

§ 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Sobre as imunidades genéricas constantes do art. 150, VI da CRFB é necessário tecer algumas considerações. Primeiramente, essas imunidades se referem apenas a impostos. Abraham (2018) especifica e ressalva o referido dispositivo:

O STF possui jurisprudência consolidada interpretando literalmente o previsto no art. 150, VI da Constituição ("é vedado [...] instituir impostos"), de modo que, nos termos desse dispositivo, somente impostos estariam abrangidos pela imunidade aí concedida, mas não as demais espécies tributárias (taxas, contribuições e empréstimos compulsórios). Há, na doutrina, críticas a este entendimento literal do STF quanto ao art. 150, VI.

Em segundo lugar, esclarece-se que o dispositivo em tela prevê quatro imunidades incondicionadas, aquelas que o sujeito ou objeto da regra imunizante não precisa obedecer a qualquer condição imposta pelo regramento infraconstitucional e uma imunidade condicionada, a que para ser concedida é necessária que seus requisitos estejam especificados em

lei. Este assunto, referente às imunidades das entidades de educação e assistência social será revisto.

Por fim, insta registrar que a imunidade tributária atinge apenas a obrigação tributária principal, aquela referente ao dever de pagar tributo, não tendo o condão de alcançar as chamadas obrigações tributárias acessórias, ou seja, os deveres instrumentais ou formais do contribuinte, que permanecem em pleno vigor (Sabbag, 2016). Assim, o contribuinte imune continua sendo obrigado a entregar declarações, prestar informações, manter sua escrituração contábil de acordo com a legislação. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): “A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias” (STF, RE 627051, rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, nov. 2014).

4. A IMUNIDADE DAS INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL EM RELAÇÃO AOS IMPOSTOS

Trazendo à luz o art. 150, VI, c, tem-se que a imunidade das instituições de educação e assistência social tem fundamento na liberdade necessária para a existência e sobrevivência de instituições – sem fins lucrativos – que substituem o Estado na prestação de serviços essenciais aos cidadãos, atendendo aos menos afortunados, na realização de atividades fundamentais (Abraham, 2018).

Sobre a imunidade conferida à Educação, assevera Paulsen (2017, p. 117):

A Constituição atribui imunidade, ainda, genericamente, às instituições de educação. Alcança, pois, tanto o ensino fundamental, o ensino médio, o ensino técnico e o ensino universitário, como as pré-escolas, as escolas de idiomas, de esportes e outras quaisquer voltadas à educação. Além disso, o fato de as instituições de ensino cobrar mensalidades e obterem renda elevada não descaracteriza a imunidade. As atividades relacionadas às suas finalidades essenciais são preservadas da cobrança de impostos. Caso desenvolvam atividades voltadas a outras finalidades, que não se configurem como auxiliares ou complementares do ensino, restarão tais

atividades tributadas, conforme se infere do § 4º do mesmo art. 150.

É da lavra do mesmo autor a digressão sobre a imunidade conferida às entidades de assistência social:

As instituições de assistência social, também beneficiárias da imunidade, são aquelas que desenvolvem uma das atividades descritas no art. 203 da CF. Não se exige filantropia, ou seja, não se exige que atuem exclusivamente com pessoas carentes, de modo gratuito e universal e que dependam exclusivamente de donativos. Podem exercer atividade econômica rentável, desde que sem finalidade de lucro, ou seja, desde que revertam seus resultados para a atividade assistencial. Há impedimento à distribuição de lucros, esta sim descaracterizadora da finalidade assistencial e do caráter não lucrativo. Não se deve confundir, ainda, a ausência de caráter lucrativo com a obtenção de superávit, este desejável inclusive para as entidades sem fins lucrativos, de modo que viabilize a ampliação das suas atividades assistenciais.

A imunidade conferida às entidades de educação e assistência social apresentam a característica que somente o patrimônio, renda e serviços afetados às suas finalidades essenciais são imunes, bem como as rendas revertidas para suas atividades essenciais. Contudo, o STF tem conferido interpretação ampla a esse dispositivo.

Dessa feita, em vários julgados, o STF decidiu que a finalidade essencial não sofre desvio em diversas situações em que se poderia pensar o contrário. É o caso da utilização do imóvel para atividade de lazer e recreação, conforme o RE 236174/SP, de 2008:

EMENTA Imunidade tributária. IPTU. Finalidade do bem. 1. A utilização do imóvel para atividade de lazer e recreação não configura desvio de finalidade com relação aos objetivos da Fundação caracterizada como entidade de assistência social. 2. A decisão que afasta o desvio de

finalidade para o fim de assegurar a imunidade tributária com base no reconhecimento de que a atividade de recreação e lazer está no alcance dos objetivos da Fundação não agride o art. 150, § 4º, inciso VI, da Constituição Federal. 3. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido. (STF, RE 236174/SP, rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, 2008)

É também a manutenção de livraria e cinema pelas entidades, atividade esta que não descaracteriza a imunidade:

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR. IMUNIDADE. ENTIDADE BENEFICENTE. IPTU. O Tribunal a quo seguiu corretamente a orientação desta Suprema Corte, ao assentar que o fato de uma entidade beneficente manter uma livraria em imóvel de sua propriedade não afasta a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "c" da Constituição, desde que as rendas auferidas sejam destinadas a suas atividades institucionais, o que impede a cobrança do IPTU pelo município. Recurso extraordinário não conhecido. (STF RE 345830/MG rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, 2002)

EMENTA: IMUNIDADE TRIBUTARIA. CF, ART. 150, VI, C. SERVIÇO SOCIAL DO COMERCIO - SESC. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DIVERSÃO PÚBLICA. A renda obtida pelo SESC na prestação de serviços de diversão pública, mediante a venda de ingressos de cinema ao público em geral, e aproveitada em suas finalidades assistenciais, estando abrangida na imunidade tributaria prevista no art. 150, VI, c, da Carta Republica. Precedente da Corte: RE 116.188-4 Agravo regimental improvido. (STF AI 155822 AgR/SP rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, 1994)

Também decidiu a Suprema Corte que a imunidade das entidades de educação e assistência social se estende aos rendimentos em aplicações financeiras:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE ENTIDADES ASSISTENCIAIS SEM FINS LUCRATIVOS. RENDIMENTOS DECORRENTES DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. Incide, no caso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece que a imunidade das entidades de assistência social, sem fins lucrativos (art. 150, VI, c, da CF), alcança os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF AI 673463 AgR/SP rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, 2013)

Ademais, é imune ao IPTU o imóvel de entidade de assistência social utilizado para estacionamento, e de IR e de ISSQN a renda obtida com a locação de espaço para estacionamento.

Entendendo que a imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos (CF/88, art. 150, VI, c) abrange inclusive os serviços que não se enquadrem em suas finalidades essenciais, a Turma manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que reconheceu à instituição de assistência social mantenedora de orfanato a imunidade relativamente ao pagamento do IPTU cobrado de imóvel utilizado para estacionamento de veículos. (STF RE 257700/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, 2000 - Informativo 193 STF - 12 a 16/06/2000).

EMENTA: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, C, DA CONSTITUIÇÃO. INSTITUIÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇO CALCULADO SOBRE O PREÇO COBRADO EM ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS NO PÁTIO INTERNO DA ENTIDADE. Ilegitimidade. Eventual renda obtida pela instituição de assistência social mediante cobrança de estacionamento de veículos em área interna da entidade, destinada ao custeio das atividades desta, está abrangida pela

imunidade prevista no dispositivo sob destaque. Precedente da Corte: RE 116.188-4. Recurso conhecido e provido. (STF RE 144900/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, 1997)

Em relação ao IPTU, é importante se frisar a Súmula Vinculante n.º 52, do STF: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, ‘c’, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas”.

Por derradeiro em relação ao IPTU, tem-se que o imóvel usado para escritório da entidade ou para moradia dos dirigentes da entidade também permanece imune. É o que diz o STF:

IMUNIDADE - INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS - IMÓVEIS - ESCRITÓRIO E RESIDÊNCIA DE MEMBROS. O fato de os imóveis estarem sendo utilizados como escritório e residência de membros da entidade não afasta a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "c", § 4º da Constituição Federal. (STF RE 221395/SP, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, 2000)

Abraham (2018), contudo, traz interessante discussão sobre a possibilidade de imunidade ao ICMS, que não se caracteriza como imposto sobre patrimônio, renda ou serviço, mas que afeta sobremaneira a receita das entidades que comercializam mercadorias.

O Pleno do STF, ao julgar a imunidade de entidades de assistência social, afirmou que são imunes quanto ao ICMS incidente sobre a comercialização de bens por ela produzidos. Tal decisão, contudo, deve ser tomada com uma certa reserva: por óbvio, o ICMS, sendo um dos principais impostos que entra na composição do preço de um produto, tem o potencial de afetar diretamente a livre concorrência. Assim, se a entidade de assistência social realizar a comercialização em larga escala, competindo com outros produtos fornecidos no mercado, haveria uma concorrência desleal que desnaturaria

a função da imunidade. A situação deve ser apreciada casuisticamente para evitar o conflito entre a imunidade aqui prevista e a livre concorrência.

Ainda, em relação ao ICMS, tem-se que a Suprema Corte rejeita a distinção entre bens e patrimônio, a fim de se verificar a incidência (ou não) do referido imposto quanto às entidades de educação e assistência social.

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. C.F., art. 150, VI, "c". I. - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade. II. - Precedentes do STF. III. - R.E. não conhecido. (STF RE 203755/ES, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, 1996)

Ao comercializarem o bens por elas produzidos, as entidades de educação e assistência social permanecem imunes.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 210.251 - EDv/SP, fixou entendimento segundo o qual as entidades de assistência social são imunes em relação ao ICMS incidente sobre a comercialização de bens por elas produzidos, nos termos do art. 150, VI, "c" da Constituição. Embargos de divergência conhecidos, mas improvidos. (STF RE 186175 ED-EDv, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, 2006)

Por último, ressalta-se que vem decidindo o STF que existe presunção relativa em favor da imunidade, isto é, presume-se que o patrimônio, renda ou serviço da entidade imune estejam afetados a destinação compatível com seus objetivos e finalidades institucionais, sendo ônus do Fisco desconstituir tal presunção por prova em sentido contrário.

EMENTA Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. IPTU. Imunidade. Condicionante da vinculação às finalidades essenciais. Presunção. Ônus da prova. Integração do julgado. 1. A vedação à instituição de impostos sobre o patrimônio e a renda das entidades reconhecidamente de assistência social que estejam vinculados às suas finalidades essenciais é uma garantia constitucional. Por seu turno, existe a presunção de que o imóvel da entidade assistencial esteja afetado a destinação compatível com seus objetivos e finalidades institucionais. 2. O afastamento da imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela administração tributária. 3. Embargos de declaração acolhidos para integrar o julgado, sem efeitos modificativos. (STFAI 746263 AgR-ED/MG, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, 2013)

5. IMUNIDADE DAS ENTIDADES DE BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL QUANTO ÀS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL

Essa imunidade, exclusiva para tais instituições encontra-se prevista no art. 195, §7º da CRFB:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Cuida-se de imunidade às contribuições para a seguridade social (PIS, COFINS, CSLL, etc.) não aplicável às entidades de educação, apenas as de assistências social e que sejam beneficentes. Neste caso, necessários dois requisitos para que a instituição possa gozar da referida imunidade: 1)

a entidade deverá ser uma pessoa jurídica beneficente, prestadora de serviços de assistência social; e 2) deverá atender os requisitos previstos em lei.

Até o ano de 2017 havia significativa controvérsia sobre qual espécie legislativa seria necessária para especificar os requisitos previstos para a entidade beneficente de assistência social, se era uma lei ordinária ou complementar. O STF, no RE 566622, em sede de Repercussão Geral fixou a seguinte tese: “Os requisitos para o gozo de imunidade não de estar previstos em lei complementar.”, dirimindo de uma vez por todas a controvérsia em torno da questão.

6. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA IMUNIDADE ÀS ENTIDADES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL

Conforme visto anteriormente, a imunidade das entidades de educação e assistência social é condicionada. De acordo com o art. 150 da CRFB, as referidas entidades deverão ser sem fins lucrativos, e ter atendidos os requisitos da lei. Também residia controvérsia sobre qual espécie legislativa deveria ser utilizada para regular os requisitos para a concessão da imunidade a impostos das entidades de educação e assistência social. Este dispositivo é semelhante ao preceito constante do art. 195, §7º da CRFB, que segundo visto anteriormente, necessita de lei complementar para regulá-lo.

A necessidade de lei complementar está fundamentada no art. 146, II da CRFB, o qual preceitua que cabe à lei complementar regular as limitações ao poder de tributar. Assim, segundo a Suprema Corte, no RE 56622, os arts. 146, II e 195, §7º devem ser interpretados conjuntamente e sistematicamente. Portanto, a Constituição exigiu sim lei complementar, mas não diretamente no § 7º do art. 195 e sim na previsão geral do art. 146, II.

Quanto ao art. 150, VI, “c”, o STF dispôs pela necessidade de Lei Complementar, na medida cautelar deferida na ADI 1802/DF:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: Confederação Nacional de Saúde: qualificação reconhecida, uma vez adaptados os seus estatutos ao molde legal das

confederações sindicais; pertinência temática concorrente no caso, uma vez que a categoria econômica representada pela autora abrange entidades de fins não lucrativos, pois sua característica não é a ausência de atividade econômica, mas o fato de não destinarem os seus resultados positivos à distribuição de lucros. II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): "instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei": delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida. 1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar. 2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal arguida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parág. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada. 3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientela restritas e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja delibação não é necessária à

decisão cautelar da ação direta. (STF, ADI 1802/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 1998)

O julgamento do Recurso Extraordinário supramencionado apenas confirmou ser a tese dominante na Suprema Corte a necessidade de lei complementar para regular o dispositivo constante do art. 150, VI, “c”.

Atualmente, segundo a jurisprudência, os requisitos para o gozo das imunidades previstas nos arts. 150, VI, “c” e 195, § 7º estão previstas no art. 14 do Código Tributário Nacional (CTN), ou Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Assim, para gozarem da imunidade, as entidades devem obedecer às seguintes condições (Cavalcante, 2017):

a) não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

b) aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

c) manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Por fim, é importante mencionar que, segundo a doutrina majoritária e vasta jurisprudência do STF, o CTN é uma lei que foi editada como lei ordinária e recepcionada pela CRFB como complementar, em vista das matérias que ele trata.

7. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que a imunidade concedida às entidades de educação e assistência social vem sendo interpretadas de maneira bastante ampliada pelo STF. Assim, ainda que não previstas expressamente na Constituição e guardando alguma correlação com as finalidades essenciais das instituições supramencionadas, as imunidades são conferidas.

Mostrou-se no presente trabalho diversos julgados nos quais o STF considerou que não havia desvio de finalidade a exploração de algumas

atividades. Dentre elas, destacou-se: a utilização do imóvel para atividade de lazer e recreação; a instalação de livraria ou cinema em imóvel da entidade mantém a imunidade quanto ao IPTU; a imunidade se estende a rendimentos em aplicações financeiras; é imune de IPTU o imóvel de entidade de assistência social utilizado para estacionamento, bem como imune de IR a renda obtida com a locação de espaço para estacionamento e, ainda, imune de ISS quanto ao preço cobrado pela exploração de estacionamento; são imunes de IPTU os imóveis locados a terceiros, sempre que a renda dos aluguéis seja aplicada em suas finalidades institucionais (Súmula Vinculante nº 52), bem como aqueles utilizados como escritório e residência de membros da entidade. (Abraham, 1028; Paulsen 2017, p. 118); o Pleno do STF afirmou que são imunes quanto ao ICMS incidente sobre a comercialização de bens por ela produzidos, mas que essa imunidade deveria ser observada de maneira casuística.

No que concerne às imunidades, por último mostrou-se o julgado no qual o STF afirma que a presunção de afetação às atividades essenciais da entidade é relativa, devendo quem deseje elidir a imunidade, apresentar a prova em contrário.

Por derradeiro, o presente trabalho apresentou o recente julgado do STF, m sede de repercussão geral, que fixou a tese de que é necessária lei complementar para regular os requisitos para o gozo das imunidades por parte das entidades de educação e assistência social.

A interpretação ampliativa dada pelo Supremo é consonante com a visão de imunidade como direito e garantia fundamental, verdadeira cláusula pétrea, para proteger o terceiro setor, importante concretizado de programas e políticas públicas fundamentais à sociedade.

REFERÊNCIAS

Abraham, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Cavalcante, Marcio André Lopes. **Os requisitos para o gozo de imunidade devem estar previstos em lei complementar**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/03/os-requisitos-para-o-gozo-de-imunidade.html>

Machado, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

Paulsen, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Sabbag, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília: Senado, 1966

RESPONSABILIDADE DO AGENTE FINANCEIRO NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO, WILLFULL BLINDNESS E DOMÍNIO DO FATO

LEONARDO DE TAJARIBE R.H. DA SILVA JUNIOR: Acadêmico do curso de direito da Universidade Cândido Mendes - Campus JPA.

Resumo: O presente artigo tem por foco o deslinde de um estudo acerca da responsabilidade imputada ao agente financeiro pela omissão de comunicar atividades suspeitas que despertem o delito de branqueamento de capitais, comumente denominado “lavagem de dinheiro”, no que espera tecer comentários e provocações sobre a possibilidade da responsabilização criminal do referido agente pela mesma conduta, conforme normas do BACEN, jurisprudências, legislação e doutrina pátria.

Palavras chave: agente financeiro; cegueira deliberada; lavagem de dinheiro; cartas circulares; direito penal econômico.

Sumário: Introdução. 1. Do tratamento dado pela lei de lavagem de dinheiro. 2. Cartas circulares do BACEN. 3. Da aplicação da Willfull Blindness ou Cegueira Deliberada. Conclusão.

Abstract: This article focuses on the responsibility attributed to the financial agent for the omission to report suspicious activities that arouse the crime of money laundering, in which hopes to comment and provocations the possibility of criminal liability of the agent by for the same conduct, according to BACEN norms, jurisprudence, legislation and homeland doctrine.

Keywords: financial agent; willfull blidness; money laundry; circular letters; economic criminal law.

Introdução

O delito de lavagem de dinheiro é tido por alguns doutrinadores como “o crime econômico da pós-modernidade”¹ pois, ante a inevitabilidade de formação de associações, conglomerados e organizações na sociedade contemporânea, algumas destas ilícitas, se faz necessário que se torne apto

a ser usufruído o lucro obtido pelas atividades engendradas pelas massas organizacionais apontadas, sob pena de se inutilizar todas as tramas que estas levam a cabo para que se perpetuem. Desta forma, os delitos econômicos contra o sistema financeiro nacional tornam-se mais comuns e necessários ante a maior ocorrência de delitos praticados por organizações criminosas ocorrendo, muitas das vezes, a participação de agentes públicos para sua prática, em concurso com crimes como corrupção passiva, ativa e obstrução da justiça.

Assim, faz-se necessária a provocação ao debate de temas sensíveis e ainda pouco discutidos no que tange a este ilícito.

Do tratamento dado pela lei de lavagem de dinheiro

A nova lei de lavagem de dinheiro, lei 9.613/98, com as alterações efetuadas pela lei 12.683/12 trás em seu artigo 11, II, a obrigação de que pessoas físicas ou jurídicas que captem, administrem, comprem, vendam ou apliquem, como atividade econômica principal ou acessória, recursos financeiros de espécies diversas, nestas incluídos os títulos mobiliários e instrumentos cambiais, seja em moeda corrente ou estrangeira, conforme dicção do artigo 9º da referida legislação, comuniquem ao COAF acerca de quaisquer atividades suspeitas, num prazo determinado, sob pena de sanções administrativas previstas nesta lei.

Logo, pessoas como gerentes de banco e administradores de empresas possuem o ônus legal de afastar o seu interesse financeiro nas atividades que lhe passam a vista para preservar o interesse público, desafiando as sanções previstas no artigo 12, entre elas a pena de advertência, multa limitada a valores e/ou proporções previamente determinadas, inabilitação temporária para cargos diretivos e cessação ou suspensão de autorização para exercício de atividades específicas.

Entre as sanções administrativas manifestadas no dispositivo retro citado, salta aos olhos a cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade, operação ou funcionamento, prevista no art.12, IV. Isto é, se o agente financeiro fizer “vista grossa” a uma atividade suspeita a qual teria o dever de comunicar às autoridades sobre sua ocorrência, poderá

ficar inabilitado para o exercício de cargos de mesma natureza. Entretanto, é importante ressaltar que a penalidade em comento só se aplicará em caso de reincidência a infrações punidas com inabilitação temporária.

Mister se faz observar que a lei de lavagem de dinheiro, ao renovar a tratativa legal no que toca ao dever de comunicar os órgãos responsáveis pelo controle financeiro nacional, parece ter dado, a nosso entendimento, demasiadas oportunidades para que o agente se perpetue na escala delitiva. Considere a situação hipotética em que um sujeito, mediante oferta de vultosa recompensa em dinheiro, recebe a proposta de, sendo gerente de uma agência bancária, efetuar diversos depósitos de grande volume em contas diversas, se omitindo de comunicar a suspeição aos órgãos competentes. Sabe-se que o comportamento mencionado é previsto na circular do BACEN como situação que pode configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na lei de lavagem. Sendo assim, o agente que dá prosseguimento à operação sem se atentar as normas, está sujeito a, dependendo da gravidade, pena de multa limitada ao dobro do valor da operação, cumulada ou não com advertência, nos termos do Art. 12, I e II da lei 9.613/98.

Poderá ocorrer, ainda, a inabilitação temporária para o exercício da função, nos casos de reincidência as infrações apenadas com multa, bem como a cassação de autorização, nos mesmos casos, devendo-se ocorrer processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla e defesa e contraditório.

Nota-se, o sistema a que se denomina “eficiente” na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro permite diversas brechas a reincidência delitiva, dando margem a sérios danos ao sistema financeiro nacional, além do alongamento das atividades de organizações criminosas que utilizam a lavagem de capitais para usufruir dos lucros obtidos a partir de práticas penalmente recrimináveis.

Cartas circulares do BACEN

Com o implemento da alteração legislativa, o Banco Central editou cartas circulares com o fim de dar base à identificação de condutas criminosas, como a cara circular nº 3542, editada em 12 de março de 2012,

prevendo condutas aptas a constituírem indícios de cometimento do delito de lavagem de capitais. A título de exemplo, o item IV, d, da Carta, in verbis:

“manutenção de numerosas contas destinadas ao acolhimento de depósitos em nome de um mesmo cliente, cujos valores, somados, resultem em quantia significativa”

O comportamento previsto pelo item citado exterioriza a confusão de capitais, utilizada comumente na segunda fase da lavagem, qual seja, a dissimulação do capital ilícito, pelo depósito em espécie, podendo ou não ser de grande volume, em diferentes contas de localidades diversas, com o fim de dificultar a claridade do rastro do dinheiro.

Contudo, há que se considerar que os procedimentos elencados servem apenas como parâmetro para orientar as atividades de instituições financeiras, eis que a mesma, em seu artigo 1º, alerta para a necessidade de se considerar outros fatores unidos à verificação da atividade suspeita, como a frequência com que a movimentação é realizada, os valores e as partes envolvidas. Dita ressalva é necessária para que se evite arbitrariedades e se promova a cautela no trato financeiro, sob pena de se imputar falsos delitos a sujeitos que detenham como natureza de sua atividade financeira determinados comportamentos bancários que, longe da ponderação necessária, podem ser entendidos como transgressores.

Da aplicação da Willfull Blindness ou Cegueira Deliberada

A teoria da cegueira deliberada, willfull blindness ou evitação da consciência trata-se da hipótese em que o agente, deliberadamente, decide “fechar os olhos” para os indícios de atividades delituosas. Aplica-se no tocante aos crimes de colarinho branco em que o agente, visando o lucro oriundo daquela atividade, ignora a ocorrência do delito, por livre vontade, assumindo os riscos e possíveis benesses oriundas daquela prática, num paralelo com o dolo eventual.

Por imperativo doutrinário, aquele que abre mão do hábil conhecimento de subsidiar a responsabilização dolosa do crime, incorre no mesmo fato típico, como se presentes os elementos da cognição.

Na jurisprudência pátria ainda é tema incipiente a aplicação da wilfull blindness nos crimes de lavagem de dinheiro, ante a redação da lei 9.613/98 que exige que o agente possua efetiva participação no processo de branqueamento dos capitais envolvidos, não se admitindo, a priori, o dolo eventual para tipificação da conduta.

Pierpaolo, neste sentido:

“Pelos regras legais, se o agente *desconhece* a procedência infracional dos bens ocultados ou dissimulados, faltar-lhe-á o *dolo* da prática de lavagem e a conduta será atípica mesmo se o erro for evitável, pois não há previsão da *lavagem culposa*. Assim, se o agente não percebe a origem delitiva do produto que mascara por descuido ou imprudência, não pratica lavagem de dinheiro, respondendo penalmente o terceiro que determinou o erro, se existir”²

Assim, controvérsias surgem ao indagar qual é o grau de consciência necessário para a configuração do crime, basta que o agente suspeite do cometimento de lavagem de capitais, ou possua ampla certeza e, apesar disto, se abstenha? À época do julgamento da Ação Penal 470, os ânimos se encontraram acalorados no debate da referida controvérsia, a medida que surgiam contradições entre os ministros da suprema corte ao votar o acórdão, tendo a maioria admitido a possibilidade de configuração do dolo eventual, responsabilizando o agente.

Desta forma, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pela admissão do dolo eventual em todas as modalidades da lavagem de dinheiro. A problemática maior surge ao se considerar a hipótese de responsabilização criminal do agente financeiro, ponto deste trabalho, ao se omitir de comunicar aos órgãos responsáveis sobre a ocorrência de situações indicadoras de crimes contra a ordem econômica.

Nesta ótica, o agente financeiro diante das situações previamente exposta poderá ser responsabilizado criminalmente, a depender de sua [possível] participação no delito, ainda que não tenha praticado o verbo

nuclear do tipo, bastando, para tal, que se prove que o agente possuía, de alguma forma, o “domínio final” do fato. Na cátedra de Callegari:

“Assim, é acertado dizer que em determinados casos os agentes financeiros podem participar do delito sem que tenham realizado o verbo nuclear descrito no tipo, mas também é necessário que se prove que este sujeito de alguma forma detinha o domínio final do fato, isto é, também tinha o controle da execução sob suas mãos (domínio funcional do fato), e que sem ele o fato como um todo não se realizaria” [3]

Isto é, o agente poderá ser criminalmente responsabilizado, desde que se comprove que este detinha o domínio final do fato, pressuposto necessário para que se configure a autoria delitiva, esculpida pelo controle sobre a direção da conduta e o fim desejado. Conforme ensina Álvaro Mayrink da Costa:

“Autor é aquele que tem o domínio do fato, isto é, possui o pleno domínio da “configuração central objetiva”, requerendo o critério do domínio do fato aspectos objetivos e subjetivos, visto que o domínio do autor sobre o curso do fato deve ser proporcional em função da forma em que se desenvolve a causalidade no caso concreto, assim como pela direção que ela imprime, não se confundindo com o dolo. Torna-se necessário que o titular do domínio do fato conheça as circunstâncias fáticas que fundamentam tal domínio sobre o acontecimento, sendo que o dolo do domínio do fato é mais do que um mero pressuposto da imputabilidade, na verdade, parte integrante.”[4]

Adiante, entende-se que, a priori, se inadmite a responsabilização do agente que, atuando dentro dos limites do risco juridicamente permitido, colabora com a atividade criminal de outrem. Isto é, se age de acordo com as regras que lhe foram impostas para o adequado exercício de sua atividade administrativa ou gerencial e, apesar disto, colabora para a

empreitada criminosa, estará desculpado, salvo se detinha o domínio do fato somado a intenção de suceder ao cometimento do crime, não se admitindo a posição de garante para que se proceda a responsabilização penal do agente. Entretanto, entendemos que o entendimento adotado pela corte superior no tocante ao dolo eventual nos delitos de lavagem se conforme em um passo para a ampliação do papel de agente garantidor também aos responsáveis pela guarda, administração, venda ou intermediação de valores financeiros.

Mister se faz apontar acerca da natureza probatória notadamente indiciária nos crimes financeiros, diferenciando-se de crimes comuns como homicídio e lesão corporal, que deixam vestígios pericialmente constatáveis. Nos delitos financeiros se faz necessário provar os indícios levantados na persecução penal para que se chegue à cognição judicial sobre o cometimento da infração. Ante o exposto, se faz necessário se averiguar a conexão estabelecida entre o agente financeiro e o sujeito ativo do delito podendo, com esta verificação, se chegar ao entendimento da participação na tarefa delitiva, passando de uma ação neutra, dentro dos limites admitidos pela normativa imposta, aos indícios de participação em um crime praticado por outrem.

Conclusão

Efetuados os apontamentos necessários e levantadas as discussões pertinentes, concluímos o trabalho com o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio deixa perigosas lacunas no trato dos delitos financeiros, desaguando em severos danos a ordem econômico-financeira como se tem verificado nas palpitantes manchetes, dando azo ao sentimento de insegurança jurídica, financeira e social a toda uma nação já ferida e transpassada tantas vezes por desventuras pretéritas, reduzindo cada vez mais a esperança em um país em que se decide o que se fazer, como fazer, a quem e quando, ignorando o alvitre das circunstâncias, fazendo com que a confiança se escoe no córrego das lamúrias coletivas, gerando um Estado em que é difícil acusar, defender e julgar.

Referências:

[1] FILIPPETTO, Rogério. Lavagem de dinheiro. Editora Lumen Iuris. 2011.

[2] PIERPAOLO, Crus Bottini. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>

[3] CALLEGARI, André Luis. A Ação penal 470 e os limites da responsabilidade penal dos agentes financeiros. https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4802-A-Acao-Penal-470-e-os-limites-da-responsabilidade-penal-dos-agentes-financeiros

[4] COSTA, Alvaro Mayrink da. Curso de Direito Penal, parte geral. 1ª edição. 2015. GZ Editora.

PRINCÍPIOS DE PARIS: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO COMO INSTITUIÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

RAQUEL GIOVANINI DE MOURA:
Bacharel em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica de Goiás e
Advogada (OAB/GO).

RESUMO: A Defensoria Pública, no novo paradigma constitucional, é instituição permanente, autônoma e independente, cabendo-lhe a promoção dos direitos humanos. O artigo busca analisar a possibilidade jurídica do credenciamento da Defensoria Pública da União junto ao Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais, para ser reconhecida como Instituição Nacional de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípios de Paris e Instituições Nacionais de Direitos Humanos; 3. Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos (ICC); 4. A Defensoria Pública da União como Instituição Nacional de Direitos Humanos; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. Introdução

A Constituição Federal erigiu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. No novo paradigma constitucional, após as Emendas Constitucionais nº 45/04, 74/04 e 80/14, incumbe à Defensoria pública, como instituição permanente, a orientação jurídica, a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados e a promoção dos direitos humanos.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 80/94, em seus artigos 3º-A, inciso III, e 4º, incisos III e VI, estabelece, como objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública, a prevalência e efetividade dos direitos humanos, a promoção da difusão e da conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico e a representação aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos, respectivamente.

Ademais, consoante o art. 134, § 4º, da Constituição Federal, são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Tal panorama constitucional e infraconstitucional confere legitimidade à Defensoria Pública para atuar na promoção dos direitos humanos, de forma independente e permanente, sendo esta, inclusive, uma de suas missões.

2. Princípios de Paris e Instituições Nacionais de Direitos Humanos

Em outubro de 1991, em Paris, foi realizado o primeiro *Workshop* Internacional de Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, mediante convocação da extinta Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU (atual Conselho de Direitos Humanos da ONU). As recomendações e conclusões elaboradas no evento foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos (atual Conselho de Direitos Humanos da ONU), de acordo com a Resolução n. 1992/54, e pela Assembleia Geral da ONU, em sua Resolução n. 48/134, de 1993.

As referidas resoluções contêm “os Princípios relativos ao estatuto das instituições nacionais, a partir de então denominados ‘Princípios de Paris’, em homenagem ao *workshop* de 1991” e recomendam “a criação, em cada Estado, de uma *instituição nacional de direitos humanos* (INDH)” (RAMOS, 2017, p. 603).

Na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993, foram adotadas a Declaração e Programa de Ação de Viena, por consenso, como uma análise global do sistema internacional de Direitos Humanos e dos mecanismos de proteção destes direitos. Em sua parte I, parágrafo 36, dispõe acerca das INDH:

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o importante e construtivo papel desempenhado pelas instituições nacionais na promoção e na proteção dos Direitos Humanos, em

particular na sua qualidade de órgãos consultivos das autoridades competentes, bem como no que diz respeito ao seu papel na reparação de violações dos Direitos Humanos, na divulgação de informação sobre Direitos Humanos e na educação em matéria de Direitos Humanos. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos encoraja a criação e o reforço de instituições nacionais, tendo em conta os "Princípios relativos ao estatuto de instituições nacionais" e reconhecendo que cada Estado tem o direito de optar pelo enquadramento que melhor se abdique às suas necessidades específicas a nível nacional.

Ramos (2017, p. 603 e 604) elenca as características e os requisitos de uma instituição nacional de direitos humanos:

Os "Princípios de Paris" determinam que uma instituição nacional de direitos humanos deva ser um órgão público competente para promover e proteger os direitos humanos, estando previsto na Constituição ou em lei, agindo com independência nas seguintes atribuições: a) apresentar ao Governo, Parlamento, ou outro órgão competente, em caráter consultivo, opiniões recomendações, propostas e relatórios; b) promover e assegurar a harmonização entre preceitos nacionais e internacionais de direitos humanos, e sua efetiva implementação; c) encorajar a ratificação de instrumentos internacionais de direitos humanos e assegurar sua implementação; d) contribuir para os relatórios que os Estados têm de elaborar de acordo com os tratados de direitos humanos; e) cooperar com a ONU e seus órgãos, bem assim com instituições regionais e nacionais, com atuação em direitos humanos; f) assistir na formulação de programas para o ensino e a pesquisa em direitos humanos, e participar de sua execução em escolas, universidades e círculos profissionais; g) dar

publicidade aos direitos humanos e aos esforços de combater todas as formas de discriminação, em particular de discriminação racial, aumentando a conscientização pública, especialmente por meio da educação e de órgãos da imprensa.

Destarte, de acordo com os Princípios de Paris, as instituições nacionais de direitos humanos (INDH) são órgãos públicos (não são ONGS), porém independentes, cuja missão específica é a proteção dos direitos humanos. Para tanto, recebem notícias de violações de direitos humanos e recomendam ações e políticas para implementação de tais direitos.

Portanto, segundo Ramos (2017, p. 604), a Instituição Nacional de Direitos Humanos deve ser uma instituição pública de alcance nacional com mandato claro e independente, com forte representatividade social, autonomia política, com dotação orçamentária própria para atuar nos casos de violações de direitos humanos, para melhor exercer sua missão.

Outrossim, a ONU elaborou, por meio do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o Manual sobre a Criação e o Reforço de Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos (ONU, 1995). No referido documento, reforça-se que “instituições nacionais fortes e eficazes podem contribuir significativamente para a realização dos direitos humanos e liberdades fundamentais” (ONU, 1995, p. 1).

De acordo com o Manual, são requisitos das instituições nacionais de direitos humanos, independência, jurisdição definida e competências adequadas, acessibilidade, cooperação, eficácia operacional e responsabilização (ONU, 1995, p. 16).

A independência deve ser relativa, tendo em vista que ONG não pode se enquadrar como INDH e deve se dar mediante autonomia jurídica, operacional e financeira, bem como por meio da indicação e demissão de seus dirigentes, com pluralismo na sua composição.

A jurisdição definida se refere à definição das atribuições na respectiva lei criadora da instituição, devendo haver uma definição precisa de sua jurisdição material, o que não impede outros órgãos de atuarem de forma complementar ou conjunta na promoção de direitos humanos. As competências adequadas se referem à capacidade de desempenho de suas atribuições, com força executiva e que devem estar consagradas na lei.

Por sua vez, a acessibilidade se caracteriza por ser facilmente acessível àqueles a quem lhe compete proteger ou cujos interesses se destina a promover, de forma a ser considerada uma instituição confiável, responsável e eficaz, com forte representatividade social.

A cooperação se dá mediante a colaboração com os sistemas global e regionais de proteção dos Direitos Humanos, bem como com Organizações Não Governamentais (ONGS), com Organizações Intergovernamentais e com outras instituições nacionais de direitos humanos.

Já a eficácia operacional se refere à eficácia e eficiência da atuação da INDH, com a apresentação de relatórios regulares e detalhados de suas atividades. Devem dispor de recursos adequados para o cumprimento de suas funções ou desenvolver métodos para a gestão de recursos escassos, podendo buscar parcerias externas para se desenvolver, de forma a investir em suas prioridades institucionais.

Por fim, a responsabilização, jurídica e financeira, se caracteriza pela submissão de relatórios ao órgão fiscalizador do governo ou organismo análogo, acerca das atividades desenvolvidas. Ademais, a INDH se sujeita ao crivo da sociedade, mediante avaliações, debates públicos, publicação de relatórios etc.

3. Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos (ICC)

Em 1993, na Tunísia, em Conferência realizada entre as próprias Instituições Nacionais de Direitos Humanos, foi estabelecido o Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos (ICC).

Conforme ensina Ramos (2017, p. 604):

Em 1998, o ICC decidiu criar um procedimento para credenciamento de novos membros e em 2008 houve a integração do ICC ao sistema internacional de direitos humanos, sob os auspícios do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, bem como sua formalização legal e sede na Suíça (Genebra). Assim, a coordenação do ICC tem como objetivo a troca de experiência, capacitação e estímulo ao aprofundamento da proteção de direitos humanos nos Estados.

Para que as Instituições Nacionais de Direitos Humanos participem dessa parceria com o Alto Comissariado, elas devem ser aprovadas pelo Subcomitê de Credenciamento (Sub-Committee on Accreditation – SCA), que analisará o cumprimento dos “Princípios de Paris”. Também há categorias de credenciamento como membros do ICC, cujo topo é a Categoria “A”, que representa o pleno preenchimento dos Princípios de Paris.

Assim, o ICC aprecia a conformidade das instituições nacionais de direitos humanos com os Princípios de Paris, levando em consideração as particularidades de cada Estado, de forma que os requisitos para o credenciamento de instituições nacionais não são invocados de modo absoluto.

Caso o Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais conclua que a instituição nacional cumpre os Princípios de Paris, haverá sua certificação, a qual permite à INDH participar e ter voz no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

4. A Defensoria Pública da União como Instituição Nacional de Direitos Humanos

É possível o credenciamento da Defensoria Pública da União, junto ao Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais, como

Instituição Nacional de Direitos Humanos, haja vista que cumpre os requisitos previstos nos Princípios de Paris e possui as características elencadas no Manual sobre a Criação e o Reforço de Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos (ONU, 1995).

Com efeito, a Defensoria Pública da União é instituição pública, prevista na Constituição Federal de 1988, essencial e permanente, dotada de autonomia administrativa e financeira, sendo sua função e objetivo a proteção dos direitos humanos, em especial, de indivíduos ou grupos hipossuficientes ou vulneráveis organizacionais.

Suas atribuições, objetivos e funções são previstas em sua Lei Orgânica (LC nº 80/94). Ademais, podem atuar tanto no sistema interamericano quanto no sistema global de proteção de direitos humanos, apresentando denúncia de violação de direitos humanos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos Comitês criados por tratados internacionais no sistema onusiano (*treaty bodies*).

Além disso, é instituição com forte representatividade social, amplamente acessível a todos, brasileiros e estrangeiros, que dela necessitarem. É considerada, atualmente, pelo povo brasileiro, como uma das três instituições mais importantes do Brasil, estando em primeiro lugar (GMR, 2017, p. 24).

Por ser órgão público, sujeita-se aos princípios constitucionais administrativos, ao controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (artigos 70 e 71 da CF), à Lei da Transparência, bem como a todo o regramento constitucional e legal referente à responsabilização dos órgãos e agentes públicos.

Nesse sentido, a Resolução 127 de 2016, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, evidencia e reforça o cumprimento dos requisitos dos Princípios de Paris, para o credenciamento da Defensoria Pública da União como Instituição Nacional de Direitos Humanos.

Foi criada uma estrutura de atribuições dentro da própria Defensoria Pública União, com relativa independência. Tais atribuições devem ser exercidas, de modo coordenado com o defensor público federal ou

diretamente, pelo Defensor Nacional de Direitos Humanos e pelos Defensores Regionais de Direitos Humanos.

De acordo com o art. 7º, da Resolução 127, incumbe ao Defensor Nacional de Direitos Humanos, entre outras atribuições:

Art. 7º. Incumbe ao Defensor Nacional de Direitos Humanos, entre outros:

I – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

[...]

VII – manifestar-se, em nome da instituição, a respeito de projetos de lei e outros atos normativos concernentes a direitos humanos ou a interesses de vulneráveis;

VIII – encaminhar ao Defensor Público-Geral Federal sugestão de representação ao Procurador Geral da República, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, para que seja instaurado incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal;

IX – encaminhar ao Defensor Público-Geral Federal sugestão de representação ao Procurador Geral da República, nas hipóteses de inconstitucionalidade de lei atinente a direitos humanos ou a interesses de vulneráveis;

[...]

XII - requerer ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto de incidente de resolução de demandas repetitivas já instaurado, na forma do art. 982, § 3º, do CPC;

XIII – manifestar-se nos incidentes de resolução de demandas repetitivas no Superior Tribunal de

Justiça, na forma do art. 983 do CPC, sempre que verse sobre direitos humanos ou assuntos que envolvam interesses de grupos ou indivíduos vulneráveis;

Por sua vez o art. 8º, da Resolução 127, trata das atribuições dos Defensores Regionais de Direitos Humanos, ressaltando-se as seguintes:

Art. 8º. Incumbe aos Defensores Regionais de Direitos Humanos:

I – promover a defesa judicial, em primeira instância, e extrajudicial coletiva de direitos e interesses de grupos integrados potencialmente por indivíduos vulneráveis;

II – convocar audiências públicas, na forma do art. 4º, XXII, da Lei Complementar 80/94;

III – expedir recomendações, objetivando a correção de condutas ou adoção de providências pelo destinatário, pessoa natural ou jurídica, pública ou privada;

VI – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

VII – ajuizar ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar indivíduos vulneráveis integrantes do grupo;

[...]

XII – promover a tutela individual extrajudicial e judicial nas hipóteses de grave violação a direitos humanos ou de especial relevância do tema, especialmente em casos que atinjam componentes de minorias ou grupos vulneráveis;

XIII - pleitear as providências administrativas e judiciais para proteção a vítimas de crimes e testemunhas ameaçadas;

XIV - atuar como assistente de acusação e promover ação penal privada subsidiária da pública nas hipóteses de grave violação de direitos humanos;

XV – pedir a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas ou revisão de tese jurídica a Presidente de Tribunal em sua área de atuação, na forma do art. 977, III, ou 986, do CPC, sem prejuízo da atuação de Defensor Público Federal em cada processo, na forma do art. 977, II, do CPC;

XVI – manifestar-se nos incidentes de resolução de demandas repetitivas instaurados em Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Eleitorais com sede em sua área de atuação, na forma do art. 983 do CPC, sempre que o incidente versar sobre direitos humanos ou assuntos que envolvam interesses de grupos ou indivíduos vulneráveis;

Assim, a Resolução 127 de 2016, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União está em consonância com o que se espera de uma Instituição Nacional de Direitos Humanos, reforçando a legitimidade da Defensoria Pública da União para pleitear o seu credenciamento junto ao Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais.

5. Considerações finais

Conclui-se que a Defensoria Pública da União, por ser instituição pública permanente, independente e autônoma, essencial à função jurisdicional do Estado, cuja finalidade principal é a promoção de direitos humanos, em especial dos vulneráveis organizacionais e hipossuficientes, atende aos requisitos dos Princípios de Paris.

Destarte, é legítimo e possível o credenciamento da Defensoria Pública da União perante o Comitê Internacional de Coordenação das

Instituições Nacionais, para ser reconhecida como Instituição Nacional de Direitos Humanos.

6. Referências

GMR, Inteligência & Pesquisa. **Relatório da pesquisa de satisfação e imagem do CNMP e do Ministério Público. 2017.** Disponível em: . Acesso em: 02/04/2018.

ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Instituições Nacionais de Direitos Humanos. Manual sobre a criação e o reforço de instituições nacionais para a promoção e proteção dos direitos humanos.** 1995. Disponível em: . Acesso em: 02/04/2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão do Direito Internacional Ambiental que veio em encontro às ideias do nosso Direito Moderno, suas regras já não são tanto influenciadas por um conceito formal de hierarquia das normas ou de formalismo legal, mas sobretudo por uma interação entre o Direito, as questões éticas e políticas, culminando na necessidade reconhecida de cooperação entre os Estados em um contexto global de preocupação com o meio ambiente, tanto de uma visão despreparada (preocupação com o desenvolvimento sustentável, alteração climática), quanto de uma visão biocêntrica.

Palavras-chave: Direito Internacional Ambiental; Desenvolvimento Sustentável; Biodiversidade.

ABSTRACT: The present article has as its objective the discussion of International Environmental Law that came to the ideas of our Modern Law, its rules are no longer so much influenced by a formal concept of hierarchy of norms or legal formalism, but mainly by an interaction between the Ethical and political issues, culminating in the recognized need for cooperation among states in a global context of concern for the environment, both for an unprepared vision (concern for sustainable development, for climate change) and for a biocentric vision.

Keywords: International Environmental Law, Sustainable development, Biodiversity.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo la discusión del Derecho Internacional Ambiental que ha venido a las ideas de nuestro Derecho Moderno, sus reglas ya no son tanto influenciadas por un concepto formal de jerarquía de las normas o de formalismo legal, sino sobre todo por una interacción entre el " Derecho, las cuestiones éticas y políticas, culminando en la necesidad reconocida de cooperación entre los Estados en un contexto global de preocupación por el medio ambiente, tanto de una

visión despreparada (preocupación por el desarrollo sostenible, cambio climático), como de una visión biocéntrica.

Palabras clave: Derecho Internacional Ambiental, Desenvolvimento sustentável, Biodiversidad.

1 INTRODUÇÃO

O direito internacional ambiental é derivado de um processo de expansão do direito internacional moderno, que não trata apenas de fronteiras, como o direito internacional clássico, mas também de problemas comuns, processo típico de um período de globalização jurídica. O Direito Ambiental é disciplina autônoma compreendida entre os novos direitos contemporâneos, surge como resultado da crise ambiental. A origem do direito ambiental é associada à legislação de proteção dos ecossistemas a partir da década de 60 e 70 do século XX, da sociedade de consumo e dos acidentes ambientais.

A questão ambiental é elemento central das políticas públicas e do desenvolvimento de sistemas legais que lidam com os temas ambientais atuais que explicitam um dramático ponto limite. Mudanças climáticas; desmatamento e desertificação; drama urbano; extinção de espécies e biodiversidade; produção de resíduos; delicada situação da água; questão nuclear; acidentes ambientais.

A evolução dos fundamentos deste Direito não se deu por influência de debates de cunho meramente político ou econômico, mas sim oriunda de constatações científicas que demonstraram a real necessidade de se regulamentar de forma internacional as questões voltadas à preservação do meio ambiente para as futuras gerações, inclusive tendo em foco a própria perpetuação da raça humana em um planeta, ao menos, razoavelmente conservado. Seus propósitos se constituem, assim, de nobreza aos companheiros de vida (a fauna e a flora no mundo) e ao mesmo tempo uma limitação à arrogância consumista inerente ao ser humano, enfaticamente demonstrada na existência há tempos atrás de uma concepção dominante que pensava a relação com os recursos naturais de forma meramente

egoística, os tratando como infindáveis, inesgotáveis, meramente utilitários ao crescente progresso da humanidade.

O sujeito, por excelência, do direito internacional ambiental continua a ser o Estado, mas as organizações internacionais e intergovernamentais desempenham um papel cada vez mais importante na formulação e no seu desenvolvimento, sobressaindo a atuação das Nações Unidas e das principais organizações intergovernamentais, como o IMO, UNESCO, FAO e o PNUMA.

Os primeiros tratados bilaterais de proteção de determinados recursos naturais: Convenção entre França e Grã-Bretanha proibindo a pesca de ostras em determinados períodos (11/11/1867); a Convenção destinada à conservação das espécies de animais na África que são úteis ao homem ou inofensivos (19/05/1900); a Convenção concernente a exploração e conservação de pescados na fronteira do Rio Danúbio (15/01/1902); Convenção para proteção de aves (19/03/1902).

Com a criação das Nações Unidas (1945) intensifica-se a adoção de instrumentos legais na área ambiental. Contudo, somente com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo (1972) e com a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro (1992) – estabelece-se sistema de coordenação da temática ambiental de forma global e articulada (mundialização dos problemas ambientais).

As fontes do Direito Internacional Ambiental são as do Direito Internacional, tal como enumeradas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: tratados, o costume internacional, os princípios gerais do direito, as decisões judiciais e a doutrina dos autores mais qualificados.

2 DESENVOLVIMENTO

O Direito Internacional ambiental apresenta peculiaridades: a) utilização de tratados de cunho genérico, tratados-quadro, umbrella conventions (p. ex. Convenção do Clima) e de certo de número de textos

não obrigatórios (soft law). Atualmente os tratados multilaterais passam de 300 e existem cerca de 900 tratados bilaterais. O Costume como prática geral aceita como sendo direito não pode ser ignorada na área ambiental. Por exemplo, a Corte Internacional de Justiça reconheceu o desenvolvimento de direito costumeiro diante do princípio 21 da Declaração de Estocolmo e do princípio 3 da Declaração do Rio. No campo das decisões judiciais a Corte Internacional de Justiça (CIJ) criou em sua estrutura Câmara competente para apreciar matéria ambiental (1993).

Importante registrar que as resoluções, declarações, programas de ação exercem profunda influência na área ambiental, p. ex. Resolução 37/7 das Nações Unidas de 28/10/1982 – aprova a Carta Mundial da Natureza; Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Carta de Princípios; Agenda 21 – programa de ação. Não existe um organismo que trate das questões ambientais, mais um programa, o PNUMA (UNEP) – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, criado com a Conferência de Estocolmo (1972) com sede em Nairóbi (Quênia). O PNUMA possui a seguinte estrutura: Conselho Executivo do Programa: composto de representantes de cinquenta Estados eleitos pela Assembleia Geral – encarregado de elaborar a política do meio ambiente; Secretariado do Meio Ambiente – centraliza a ação do Programa e assegura a coordenação entre os organismos das Nações Unidas em matéria de meio ambiente e o Fundo do Meio Ambiente – fornece assistência financeira aos programas ambientais.

Após a Conferência Rio 92 foi criada pela Assembleia Geral da ONU a Comissão de Desenvolvimento Sustentável (CDS), com composição de 53 Estados Membros, com mandato de 03 anos, possuindo o papel de examinar a implementação da Agenda 21, nos níveis nacional, regional e internacional. Outros organismos internacionais com conexão ambiental como a UNESCO que trata do meio ambiente cultural e natural (programa reserva da biosfera e política das águas); a OIT – Organização Internacional do Trabalho, que trata do tema do meio ambiente do trabalho; a Agência Internacional de Energia Atômica, que controla o uso da energia nuclear; a Comissão Internacional sobre a Pesca da Baleia, que trata das relações da agricultura com o meio ambiente; a OMS – Organização Mundial

de Saúde, que trata das relações entre saúde e meio ambiente; OMM – Organização Meteorológica Mundial, que trata do clima e das alterações climáticas e influenciaram o surgimento da IPCC Painel Intergovernamental das Mudanças Climáticas; a OMI – Organização Marítima Internacional, que trata do direito do mar.

O Ato Único Europeu (1987) introduziu expressamente o meio ambiente no Tratado de Roma, considerando a proteção ambiental como integrante da política comunitária (art. 174, ex art. 130R) e o Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia, 1992) estabelecendo o princípio do desenvolvimento sustentável (preâmbulo). Necessário registrar que na Europa o Tratado de Roma (1957), que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE) não indicava qualquer referência ao meio ambiente (“adoção de medidas com incidência direta no mercado comum” – art. 100). A Diretiva 79/409 estabeleceu a proteção de aves selvagens e dos seus habitats. Posteriormente a Corte Europeia (1982) decidiu que “a perspectiva do meio ambiente como um dos objetivos essenciais da Comunidade”. Claro que mesmo antes a Declaração de Paris (1972) – formulada pelos Chefes de Estado e de Governo com preocupação pela proteção do meio ambiente, assumindo um compromisso de elaboração de um programa de ação em matéria ambiental. São objetivos: preservar, proteger e melhorar a qualidade do ambiente; contribuir para a proteção da saúde das pessoas; assegurar uma utilização prudente e racional dos recursos naturais.

No MERCOSUL o processo de integração leva à harmonização das legislações dos países integrantes (art. 25, Protocolo de Ouro Preto/1994 – aperfeiçoa o Tratado de Assunção de 1991). O Mercosul tem como antecedentes imediatos a integração argentino-brasileira. North American Free Trade Agreement (NAFTA: Canadá, México e EUA 1992) possui um Acordo Lateral de Meio Ambiente (Environmental Side Agreement), embora seja uma área bastante incipiente diante das diferenças no patamar de proteção ambiental entre os Estados.

No âmbito ambiental observa-se uma expansão subjetiva: a atuação crescente de ONGs internacionais (WWF, Greenpeace); e uma expansão normativa e institucional com assimetria convencional: diversidade de obrigações e direitos das partes; compromissos graduais em matéria

ambiental: progressividade e continuidade do processo normativo através dos tratados-quadro, completados por sucessivos protocolos. Por fim, verificam-se novos aportes, como o direito da “ingerência ecológica”, exceção ao princípio da jurisdição exclusiva do Estado.

O Comércio e o meio ambiente: a Organização Mundial do Comércio e a questão ambiental, necessário registrar que a OMC pode considerar legais restrições feitas por Estado-membro para conservação dos recursos naturais, desde que tais recursos estejam sendo dizimados e as medidas externas sejam realizadas concomitantemente com ações de restrição de produção e consumo domésticos (GATT, art. XX, g). São casos emblemáticos: Tuna-Dolphin (1991) e Tuna-Dolphin II (1994) – embargo dos Estados Unidos à importação de atum; e Shrimp/turtle – embargo dos EUA à importação de camarão: foram consideradas violações às regras de livre comércio a atuação dos EUA.

Assim, temos que suas disposições são amplamente recomendatórias e principiológicas (substrato normativo positivos e genérico, objetivando em último fim sua conversão em normas jurídicas), visando em um primeiro momento influenciar, nortear e permear as decisões dos Governos e dos Judiciários dos Estados na regulamentação de seus Direitos Ambientais locais, a fim de posteriormente expandir e fortalecer tais normas, criando um Direito Ambiental Internacional com maior autonomia e força normatizadora, de acordo com bases internacionais de cooperação e de diplomacia parlamentar. Também por serem flexíveis, tais normas buscam conferir certa uniformidade estrutural às regras jurídicas e aos valores fundamentais compartilhados pela comunidade internacional quanto ao tema, sendo muitas vezes adotadas nas legislações internas de vários Estados e também como substrato da formulação legal de normas e outros atos. Quanto a essas questões, o princípio do Poluidor-Pagador, por exemplo, que vem de tempos mais antigos, busca suscitar a correção das externalidades negativas do processo industrial através de uma forma econômica, geralmente a mais eficaz na solução dos problemas, ao mesmo tempo punindo as práticas que provoquem custos ambientais e/ou sociais causados pelas indústrias, e pela sanção promovendo o progresso de novas tecnologias e métodos que possam reduzir ou substituir as formas mais poluentes e perigosas utilizadas no processo industrial.

Os tratados multilaterais, portanto, exercem um papel importante à construção de direitos voltados ao meio ambiente e reiteram, através dos princípios, a necessidade de formação de um sistema regulatório ambiental comum que lide com as questões mais problemáticas, sobretudo quando se trata das alterações climáticas e seus prejuízos ao homem e à natureza, como evidenciado pela Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e negociações como o Protocolo de Kyoto, reiterando a necessidade de os Estados assumirem suas responsabilidades comuns frente ao grave problema, e a proposição de solução para ao menos reduzir os danos causados. Dentro deste contexto, os estudos concernentes ao princípio do Desenvolvimento Sustentável servem como uma “moldura” que visa integrar estratégias e medidas voltadas ao campo das políticas ambientais (gestão ambiental) e ao desenvolvimento socioeconômico, a fim de que se respeitem os limites finitos da natureza e se permita transmitir às gerações futuras o legado ambiental.

Os princípios do Direito Internacional ambiental na Declaração de Estocolmo, verbis:

Princípio 1.

O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem-estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para a presente e as futuras gerações. A tal respeito, as políticas de promover e perpetuar o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e suas outras formas, e a dominação estrangeira, ficam condenadas e devem ser eliminadas.

Princípio 2.

Os recursos naturais da terra, incluindo o ar, água, terra, flora e fauna e, especialmente as amostras representativas de ecossistemas naturais, devem ser preservadas para o benefício da presente e futuras gerações, através de um planejamento ou gestão cuidadosos, quando for o caso.

Princípio 3.

A capacidade de a terra de produzir recursos vitais renováveis, deve ser mantida e, onde possível, restaurada e melhorada.

Princípio 4.

O homem tem uma especial responsabilidade de defender e criteriosamente administrar a herança da vida selvagem e seus habitats, que se encontram, agora gravemente ameaçados por uma combinação de fatores desfavoráveis. A conservação da natureza, incluindo a vida selvagem, deve, assim, ser considerada importante nos planos de desenvolvimento econômico.

Princípio 5.

Os recursos não renováveis da terra devem ser empregados de maneira a serem preservados contra o perigo de sua futura exaustão, e os benefícios de sua utilização deverão ser compartilhados por toda humanidade.

Princípio 6.

O lançamento de substâncias tóxicas ou de outras substâncias e a liberação de calor, em tais quantidades ou concentrações que excedam a capacidade de o meio ambiente torná-los inofensivos, devem ter um fim, para assegurar-se que danos sérios e irreversíveis não sejam infligidos aos ecossistemas. A justa luta dos povos e de todos os países contra a poluição, deve ser apoiada.

Princípio 7.

Os Estados deverão tomar todas as providências possíveis para evitar a poluição dos mares por substâncias responsáveis por criar perigos à vida humana, prejudicar os recursos vivos da vida marinha, causar danos aos recursos de lazer ou por interferir com outros usos legítimos do mar.

Princípio 8.

O desenvolvimento econômico e social é responsável por assegurar ao homem uma vida benfazeja e um meio ambiente aproveitável, e por criar condições na terra que são necessárias para a melhoria da qualidade de vida.

Princípio 9.

As deficiências ambientais geradas por condições de subdesenvolvimento e desastres naturais, não só colocam graves problemas, como também podem ser remediadas por programas acelerados, através da transferência de quantidades substanciais de assistência técnica e financeira, como um suplemento aos esforços domésticos dos países em vias de desenvolvimento, e de tal oportuna assistência, quando for o caso.

Princípio 10.

Para os países em vias de desenvolvimento, a estabilidade dos preços e ganhos adequados em relação aos produtos primários e matérias primas, são essenciais à gestão ambiental, uma vez que tais fatores, bem como os processos ecológicos, devem ser levados em consideração.

Princípio 11.

As políticas ambientais de todos os Estados deverão enfatizar e não causar efeitos prejudiciais ao desenvolvimento potencial presente ou futuro dos países em vias de desenvolvimento, nem impedir atingirem-se melhores condições de vida para todos, e providências apropriadas deverão ser tomadas pelos Estados e organizações internacionais, com vistas a conseguir-se um acordo sobre como lidar-se com as possíveis conseqüências nacionais e internacionais, resultantes da aplicação de medidas ambientais.

Princípio 12.

Recursos devem ser tornados acessíveis, a fim de preservar e melhorar o meio ambiente, levando-se em consideração as circunstâncias e os requisitos particulares os países em vias de desenvolvimento e quaisquer

custos que possam emanar da incorporação por eles, das salvaguardas ao meio ambiente nos seus planos de desenvolvimento e a necessidade de tornar-lhes disponível, uma assistência internacional técnica e financeira adicional a seu pedido.

Princípio 13.

Para conseguir-se uma gestão mais racional dos recursos e assim melhorar o meio ambiente, os Estados deverão adotar um enfoque integrado e coordenado em seus planos de desenvolvimento, a fim de assegurar que o desenvolvimento seja compatível com as necessidades de proteger e melhorar o meio ambiente humano, em benefício de sua população.

Princípio 14.

Um planejamento racional constitui um instrumento essencial para conciliar qualquer disputa entre as necessidades do desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente.

Princípio 15.

O planejamento deve ser aplicado aos assentamentos humanos e à urbanização, com a finalidade de evitarem-se efeitos desfavoráveis ao meio ambiente e de obter-se para todos, os máximos benefícios sociais, econômicos e ambientais. Para tanto, os projetos motivados por uma dominação colonialista e racista, devem ser abandonados.

Princípio 16.

Políticas demográficas, que não prejudiquem os direitos humanos básicos e que sejam julgadas apropriadas pelos Governos interessados, deverão ser aplicadas naquelas regiões onde a taxa do crescimento ou de concentrações populacionais tenham prováveis efeitos desfavoráveis ao meio ambiente ou desenvolvimento, ou onde a baixa densidade da população possa prejudicar a melhoria do meio ambiente humano ou impedir o desenvolvimento.

Princípio 17.

Instituições nacionais adequadas deverão ser encarregadas da tarefa de planejar, gerir e controlar os recursos ambientais dos Estados, com vistas a enfatizar a qualidade do meio ambiente.

Princípio 18.

A ciência e tecnologia, como parte de sua contribuição ao desenvolvimento social e econômico, devem ser aplicadas para evitar-se, identificar e controlar riscos ambientais e para a solução de problemas relativos ao meio ambiente, em benefício do bem comum da humanidade.

Princípio 19.

A educação em matérias ambientais, das gerações mais jovens e dos adultos, levando-se na devida conta os menos privilegiados, é essencial, a fim de alargar as bases em favor de uma opinião esclarecida e uma conduta responsável por parte de indivíduos, empresas e comunidades, na proteção e melhoria do meio ambiente, na sua inteira dimensão humana. Assim, é igualmente essencial que os meios de comunicação de massa evitem contribuir para a deterioração do meio ambiente, mas, ao contrário, disseminem informações de natureza educativa sobre a necessidade de proteger e de melhorar o meio ambiente, a fim de tornar o homem capaz de desenvolver-se em todos os aspectos.

Princípio 20.

A pesquisa científica e o desenvolvimento, no contexto dos problemas ambientais, seja nacional, seja multinacional, devem ser promovidos em todos os países, em particular nos países em vias de desenvolvimento. Sendo assim, o livre fluxo de informações científicas atualizadas e a transferência de experiência devem ser apoiadas e assistidas, a fim de facilitar a solução de problemas ambientais; tecnologias ambientais deverão ser tornadas disponíveis aos países em vias de desenvolvimento, em termos que encorajem sua disseminação, sem constituir um encargo econômico para os países em vias de desenvolvimento.

Princípio 21

Os Estados têm, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, o direito soberano de explorar seus próprios recursos, conforme suas próprias políticas relativas ao meio ambiente, e a responsabilidade de assegurar que tais atividades exercidas dentro de sua jurisdição, não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou a áreas fora dos limites da jurisdição nacional.

Princípio 22.

Os Estados cooperarão para progressivamente desenvolver o direito internacional, relativamente a responsabilidade e reparação às vítimas da poluição e outros danos ambientais, causados por atividades geradas dentro das áreas de jurisdição ou controle de tais Estados, a áreas fora da jurisdição deles.

Princípio 23.

Sem prejuízo dos critérios que poderão ser eventualmente acordados pela comunidade internacional, quanto aos padrões que deverão ser determinados a nível nacional, será essencial, em todos os casos, considerar os sistemas de valores prevalecentes em cada país, e o alcance da aplicabilidade dos padrões que são válidos para os países mais adiantados, mas que podem ser inapropriados ou de custos sociais não garantidos para os países em vias de desenvolvimento.

Princípio 24.

Os assuntos internacionais que dizem respeito à proteção e melhoria do meio ambiente, deverão ser tratados num espírito de cooperação por todos os países, grandes ou pequenos, em pé de igualdade. A cooperação através de convênios multilaterais ou bilaterais, ou de outros meios apropriados, é essencial para efetivamente controlar, prevenir, reduzir e eliminar os efeitos desfavoráveis ao meio ambiente, resultantes de atividades conduzidas em todas as esferas, levando-se em conta a soberania e interesses de todos os Estados.

De se ver que dos princípios apresentados podemos delimitar cinco, conforme entendimento de Michel Prieur:

(...) O primeiro é o direito fundamental do homem a um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e a obrigação de proteger e melhorar o meio para as gerações presentes e futuras. O oitavo faz a ligação entre o desenvolvimento e o meio ambiente. O nono enfoca a educação em questões ambientais. Os princípios 21 e 22 são mais particularmente jurídicos. Dizem que há um princípio internacional que se refere à responsabilidade e à indenização das vítimas de contaminação, realizada dentro de um Estado e afetando zonas fora dele. Enfim, o princípio 26 trata da superveniência, indicando que é preciso livrar o homem e o seu meio dos efeitos das armas nucleares e de todos os demais meios de destruição maciça.

Ao lado da Declaração de Estocolmo, e dos princípios enunciados, destacamos, também, a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 e, de forma setorial, o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul.

O Brasil se engajou na proteção ambiental também de forma regional, reafirmando os compromissos assumidos na Agenda 21, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, bem como abrindo a possibilidade de ser instrumentalizada a aplicação dos princípios previsto no art. 3º, do Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul mesmo que não previstos em outros tratados, verbis:

Art. 3º Em suas ações para alcançar o objetivo deste Acordo e implementar suas disposições, os Estados Partes deverão orientar-se, inter alia, pelo seguinte:

a. promoção da proteção do meio ambiente e aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis mediante a coordenação de políticas setoriais, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;

b. incorporação da componente ambiental nas políticas setoriais e inclusão das considerações ambientais na tomada de decisões que se adotem no âmbito do MERCOSUL, para fortalecimento da integração;

c. promoção do desenvolvimento sustentável por meio do apoio recíproco entre os setores ambientais e econômicos, evitando a adoção de medidas que restrinjam ou distorçam de maneira arbitrária ou injustificável a livre circulação de bens e serviços no âmbito do MERCOSUL;

d. tratamento prioritário e integral às causas e fontes dos problemas ambientais;

e. promoção da efetiva participação da sociedade civil no tratamento das questões ambientais;

f. e fomento à internalização dos custos ambientais por meio do uso de instrumentos econômicos e regulatórios de gestão.

Transcreve-se, por fim, a posição de Guillermo J. Cano:

Entre os princípios já delineados, alguns, todavia, sob a forma de soft law, do Direito Ambiental Internacional, podem ser enumerados:

- os direitos e deveres de vizinhança fundam as obrigações dos Estados nesta matéria. Mas não cobrem o problema em relação a Estados que não são vizinhos;

- a teoria do abuso do direito gera obrigações internacionais nesta matéria;

- a teoria da obrigação de não causar prejuízo sensível ao ambiente de outro Estado ou da humanidade com obras ou trabalhos de efeitos ambientais tem já valor de regra consuetudinária, que apoia o princípio de não intervenção de um Estado no território de outro. Dela deriva a da responsabilidade do Estado por atos cometidos em seu território, por seus órgãos, ou por indivíduos particulares. Este é o único princípio que Kiss reconhece como regra vigente de Direito Internacional Público em matéria ambiental;

- as regras de aproveitamento equitativo, ótimo e razoável dos recursos naturais e elementos ambientais internacionais ou compartilhados, foram já consagradas em Estocolmo (princípios 2º a 5º), a respeito dos recursos

ambientais e elementos, em geral, e antes, nas regras de Helsinque (1966) para recursos hídricos;

- a obrigatoriedade do intercâmbio de informações e da consulta prévia de um Governo que se propõe fazer obras ou trabalhos de efeitos ambientais e ou que compartilhem recursos com ele que possam ser afetados como regra derivada do princípio da igualdade entre Estados, foi repetidamente consagrada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e em outros âmbitos;

- o princípio ‘poluidor-pagador’, aplicável internacionalmente, foi estabelecido em âmbitos regionais;

- o princípio da igualdade (de indivíduos de distintos Estados) ante as consequências de atos predatórios do entorno, justifica o direito de legislar em defesa dos direitos ambientais lesados;

- o princípio da prevenção, isto é, da obrigação governamental de prevenir os atos predatórios do entorno, em que se inspira a recomendação 70 de Estocolmo, o que conduz à necessidade de cooperação internacional na matéria e à expedição de regulamentações internacionais em temas tais como a proteção da fauna, parques nacionais etc.

Os princípios citados, quando trabalhados ao lado de institutos específicos e próprios desse âmbito, evidenciam a existência de uma principiologia própria do Direito Ambiental Internacional, içando-o a ramo independente do Direito.

Note-se que percorremos, com a devida brevidade, a temática dos princípios gerais do direito internacional aplicáveis ao direito internacional ambiental, sobrelevando a sua importância ante a restrição de utilização ao direito interno ou internacional, com reflexo na dualidade no tratamento dos sujeitos (teoria monista ou dualista).

Constatamos que no Brasil é utilizada a teoria dualista moderada, superando as teorias dualista e monista radicais, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Vislumbra-se, então, que os princípios gerais de direito devem ser entendidos como princípios gerais do direito internacional, sendo aplicáveis ao direito ambiental, demonstrando a existência de sua própria princiologia, consolidando-se como ramo autônomo, o Direito Ambiental Internacional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional Ambiental ou do Meio Ambiente, veio em encontro às ideias do nosso Direito Moderno, suas regras já não são tanto influenciadas por um conceito formal de hierarquia das normas ou de formalismo legal, mas sobretudo por uma interação entre o Direito, as questões éticas e políticas, culminando na necessidade reconhecida de cooperação entre os Estados em um contexto global de preocupação com o meio ambiente, tanto de uma visão despreparada (preocupação com o desenvolvimento sustentável, alteração climática), quanto de uma visão biocêntrica (a preocupação com a natureza em si, o desenvolvimento sustentável e a garantia do meio ambiente equilibrado intergeracional).

Os fundamentos do direito internacional ambiental não se deram por influência de debates políticos ou econômicos, mas de constatações científicas que demonstraram a real necessidade de se regulamentar de forma internacional as questões voltadas à preservação do meio ambiente para as futuras gerações, assim como foi abordado diretamente na Conferência de Estocolmo em 1972 e na Rio 92 ou Rio+20 em 1992, e ao mesmo tempo em que pensava na relação do ser humano com os recursos naturais de forma meramente egoística, os tratando como infindáveis, inesgotáveis, meramente utilitários ao crescente progresso da humanidade.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Everaldo do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

REZEK, Francisco. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

SERVIÇOS SOCIOASSISTENCIAIS E LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA TUTELAR OS DIREITOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

RAQUEL GIOVANINI DE MOURA:
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Advogada (OAB/GO).

RESUMO: Ao Poder Público cabe a garantia de serviços socioassistenciais às pessoas em situação de rua, como forma de erradicar a pobreza e garantir a observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Em caso de omissão e/ou insuficiência na prestação de serviços socioassistenciais, faz-se necessária a intervenção da Defensoria Pública. O artigo pretende analisar a legitimidade da Defensoria Pública para atuar judicial e extrajudicialmente na promoção dos direitos das pessoas em situação de rua, em especial na tutela de seus direitos sociais e humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito de pessoas em situação de rua; 3. Dever do Estado em prestar serviços socioassistenciais às pessoas em situação de rua; 4. Atuação da Defensoria Pública; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. Introdução

A Defensoria Pública é instituição permanente e órgão essencial na promoção dos direitos humanos e na defesa dos direitos individuais e coletivos dos hipossuficientes e vulneráveis organizacionais, consoante o artigo 134 da Constituição Federal.

Nesse sentido, de acordo com a Lei Complementar nº 80/94, em seu artigo 3º-A, incisos I, II e III, são objetivos da Defensoria Pública, entre outros, “a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais”, “a afirmação do Estado Democrático de Direito” e “a prevalência e efetividade dos direitos humanos”, respectivamente.

Outrossim, em seu artigo 4º, incisos I, III e VI elenca, como funções institucionais da Defensoria Pública, a prestação de orientação jurídica e a defesa dos necessitados, em todos os graus; a promoção da “difusão e a

conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”; a representação aos “sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos”.

Ainda em seu artigo 4º, incisos VII, VIII, X, XI e XVIII, dispõe acerca da legitimidade da Defensoria Pública na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando o resultado beneficiar os vulneráveis organizacionais e a promoção de todos os direitos das pessoas hipossuficientes e grupos sociais vulneráveis mercedores de proteção especial do Estado:

Artigo 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal;

[...]

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

[...]

Destarte, a Defensoria Pública tem como atribuição a promoção dos direitos das pessoas em situação de rua. Com efeito, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), a qual tem como objetivo a erradicação da pobreza (artigo 3º, inciso III, da CF). Assim, qualquer situação que se afaste de tais princípios exige ação efetiva por parte da Defensoria Pública.

2. Conceito de pessoas em situação de rua

De acordo com a Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua (BRASIL, 2011, p. 25), realizada em 2009, foi identificado que 82% das pessoas em situação de rua são homens; 67% são negros; 52,6% são trabalhadores que atuam no mercado informal e recebem entre R\$ 20,00 e R\$ 80,00 semanais; apenas 15% pediam dinheiro nas ruas; e 25% não possuía qualquer documentação pessoal, o que dificulta o emprego formal, acesso a serviços públicos e programas governamentais.

Segundo a Pesquisa (BRASIL, 2011, p. 26), os principais motivos que conduziram os entrevistados à situação de rua foram: alcoolismo e/ou uso de drogas (35,5%), problemas de desemprego (29,8%) e conflitos familiares (29,1%).

Como forma de tutelar os direitos das pessoas em situação de rua e reverter seu quadro de vulnerabilidade, o Executivo Federal editou o Decreto n. 7.053 de 2009, instituindo a Política Nacional para a População em Situação de Rua.

Nesse sentido, o Decreto Federal n. 7.053/2009 estabelece, em seu artigo 1º, o conceito jurídico de população em situação de rua:

Artigo 1.º Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a

pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Segundo o Conselho de Direitos Humanos, em Relatório da Relatora Especial sobre moradia adequada (ONU, 2015, p. 2-3):

A situação de rua é uma crise global de direitos humanos que requer uma resposta global urgente. Vem afetando todos os contextos socioeconômicos – as economias desenvolvidas, emergentes e em desenvolvimento, na prosperidade e austeridade. Trata-se de um fenômeno diverso, que afeta diferentes grupos de pessoas de diferentes maneiras, mas com características comuns. É um sintoma da incapacidade dos governos de reagir às crescentes desigualdades entre as rendas, a riqueza e o acesso à terra e à propriedade, bem como incapacidade de dar uma resposta efetiva aos problemas da migração e da urbanização. A situação de rua se produz quando a moradia é tratada como uma mercadoria e não como um direito humano. [...] As pessoas em situação de rua são objeto de estigmatização, exclusão social e criminalização. A situação de rua é uma violação extrema aos direitos a uma moradia adequada, a não discriminação e, frequentemente, também uma violação aos direitos à vida, à segurança, à saúde, à proteção do lar e à família, bem como o direito de não ser submetido a tratamentos cruéis ou inumanos. Sem embargo, tal questão não tem sido abordada com a urgência e prioridade que deveriam

ser destinadas a uma violação tão generalizada e grave dos direitos humanos.

Conquanto não se possa estabelecer um formato rígido ou padronizar as características para a configuração da situação de rua, é possível elencar três condições fundamentais para a caracterização da situação de rua: (a) pobreza extrema; (b) vínculos familiares rompidos ou fragilizados; e (c) inexistência de moradia convencional (BRASIL, 2015).

De acordo com a ONU (2015, p. 5), deve ser dado um enfoque tridimensional baseado nos direitos humanos às pessoas em situação de rua. A primeira dimensão se caracteriza pela inexistência de moradia, em seu aspecto material (ausência de habitação minimamente adequada) e em seu aspecto social (lugar onde se estabelece família ou relações sociais e há participação da vida em comunidade). A segunda dimensão se refere à discriminação sistêmica e à exclusão social que sofre a população em situação de rua, ante a privação de um lar, o que gera discriminação e estigmatização. A terceira dimensão é o reconhecimento das pessoas em situação de rua como titulares de direitos e que lutam pela sua sobrevivência e dignidade, constituindo-se em agentes centrais da transformação social.

Portanto, há uma invariável de motivos que levam à situação de rua, como a ausência de moradia, trabalho e renda, o que inclui a falta de acesso à terra e à propriedade e a distribuição de riqueza, bem como a ruptura de vínculos familiares e/ou afetivos e infortúnios pessoais.

A República Federativa do Brasil, conforme a Constituição Federal (artigo 3º, inciso III, da CF), tem como objetivo erradicar a pobreza e como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). De acordo com Sarmiento (2016, p. 14):

O princípio já foi apontado pela nossa doutrina como o "valor supremo da democracia", como a "norma das normas dos direitos fundamentais", como o "princípio dos princípios constitucionais", como o "coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana". O reconhecimento da centralidade do princípio da dignidade da pessoa

humana é recorrente na jurisprudência brasileira, tendo o STF afirmado que se trata do "verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país". E são cada vez mais frequentes as decisões judiciais que invocam o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarmiento (2016, p. 244) uma dimensão importantíssima do princípio da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento intersubjetivo:

É possível falar em um direito fundamental ao reconhecimento, que é um direito ao igual respeito da identidade pessoal. Em sua faceta negativa, ele veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes (SARMENTO, 2016, p. 257).

[...]

O direito ao reconhecimento envolve a vedação à imposição de barreiras que prejudiquem o efetivo desfrute de direitos universais pelos membros de grupos estigmatizados, como ocorre quando não se permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou quando se impede que adolescentes trajando véu islâmico frequentem escolas públicas (caso ocorrido na França). O direito ao reconhecimento também abarca medidas específicas, de natureza não universal, que visam a atender necessidades particulares dos integrantes dos grupos estigmatizados. Nesse sentido, um dos fundamentos das políticas de ação afirmativa é a promoção do reconhecimento dos membros dos grupos beneficiados. (SARMENTO, 2016, p. 335).

A sociedade reforça a condição de rua ao atribuir às pessoas nesta situação a responsabilidade e culpa exclusivas pelo estado em que se encontram, bem como ao exigir delas que por si próprias alcancem os recursos para o rompimento do vínculo com as ruas (BRASIL, 2015, p. 9).

Nesse diapasão, o Protocolo de atuação em favor das pessoas em situação de rua (CONDEGE, 2016) retrata a realidade daqueles em situação de rua:

A população em situação de rua exhibe a pobreza extrema, a interrupção ou a fragilidade dos vínculos familiares e a inexistência de moradia convencional regular como suas notas caracterizadoras. Vítima de discriminação social acerba e da incompetência estatal em desenvolver programas eficazes de proteção social e de garantia de seus direitos, esse grupo profundamente estigmatizado, em vez de receber suporte para a sua reinserção familiar, social e laborativa, conhece do Estado, em regra, somente seu aparato punitivo. A severa exclusão social do País amplia esse segmento vulnerável que, em virtude de inúmeras e multifacetadas razões, é impelido a sobreviver nas ruas em condições indignas e desumanas

Desse modo, o preconceito da sociedade e a estigmatização de tal grupo social tornam as pessoas em situação de rua vítimas da indiferença, da invisibilidade, da falta de respeito e até mesmo de violência física.

3. Dever do Estado em prestar serviços socioassistenciais às pessoas em situação de rua

A Constituição Federal atribui como dever do Estado o provimento de saúde (artigo 196), educação (artigo 205), habitação (artigos 182 e 23, inciso IX), proteção à família (artigo 226) e assistência social (artigos 194 e 203), direitos sociais que devem ser efetivados mediante a realização de políticas públicas, incluindo-se a necessidade de política especial para as pessoas em situação de rua.

Ademais, o artigo 203 da Constituição Federal dispõe que a assistência social será efetivada por meio de políticas públicas de promoção da cidadania e será prestada a todos os que dela necessitarem. Com efeito, segundo o art. 2º da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS):

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.

Por sua vez, o art. 1º da Lei 8.742/93 (LOAS) conceitua assistência social como sendo a “política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às

necessidades básicas”. E afirma: “trata-se de um direito do cidadão e dever do Estado”.

Desse modo, pela conjugação do disposto no caput do art. 203 da CF, com o art. 1º da LOAS, conclui-se que a assistência social deverá ser prestada a todos os que dela necessitarem, para a provisão dos mínimos sociais e o atendimento às necessidades básicas da população.

É competência comum da União, Distrito Federal, Estados e Municípios o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana bem como a meta da erradicação da pobreza e da miséria e a mitigação das desigualdades, conforme o art. 23, inciso X, da Constituição Federal: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”.

Em seu art. 204, I, a Constituição de 1988 estabelece como diretriz das ações governamentais na área socioassistencial a “descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social”.

Assim, a realização das políticas no âmbito da assistência social deve se dar de modo descentralizado, conforme o art. 5º, I, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS): “a organização da assistência social tem como base as seguintes diretrizes: [...] descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo”.

Destarte, a política pública de assistência social organiza-se de forma descentralizada e participativa, por meio do Sistema Único da Assistência Social (SUAS), instituído no ano 2005 com a Lei n. 12.435/2011, devendo ser cofinanciada pelas três esferas de governo.

No que diz respeito às competências específicas dos municípios em relação à execução de políticas de assistência social, dispõe a LOAS:

Art. 12. Compete à União:

I - responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada definidos no art. 203 da Constituição Federal;

II - cofinanciar, por meio de transferência automática, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito nacional;

III - atender, em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, às ações assistenciais de caráter de emergência.

IV - realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social e assessorar Estados, Distrito Federal e Municípios para seu desenvolvimento.

Art. 13. Compete aos Estados:

[...]

II - cofinanciar, por meio de transferência automática, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito regional ou local;

[...]

V - prestar os serviços assistenciais cujos custos ou ausência de demanda municipal justifiquem uma rede regional de serviços, desconcentrada, no âmbito do respectivo Estado.

VI - realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social e assessorar os Municípios para seu desenvolvimento.

Art. 15. Compete aos Municípios:

[...]

III - executar os projetos de enfrentamento da pobreza, incluindo a parceria com organizações da sociedade civil;

[...]

V - prestar os serviços assistenciais de que trata o art. 23 desta lei;

VI - cofinanciar o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito local; VII - realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social em seu âmbito.

[...]

Art. 23. Entendem-se por serviços socioassistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei.

§ 1º O regulamento instituirá os serviços socioassistenciais.

§ 2º Na organização dos serviços da assistência social serão criados programas de amparo, entre outros:

I - às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da Constituição Federal e na Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

II - às pessoas que vivem em situação de rua.”

Nesse sentido, o art. 17, V, da Resolução CNAS n. 33/2012, que aprova a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social, fixa a responsabilidade dos municípios na prestação dos serviços socioassistenciais consistentes em atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população, nesta estando expressamente incluídas as pessoas em situação de rua (art. 23, §2º, II, LOAS).

Ademais, em conformidade com a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais (Resolução CNAS 109 de novembro de 2009), constituem unidades para a oferta de serviços especializados às pessoas em situação de rua, o Serviço especializado em abordagem social, o Serviço

especializado para pessoas em situação de rua (Centro-POP ou CREAS-POP), o Serviço de acolhimento institucional e o Serviço de acolhimento em república.

Segundo o Ministério do Desenvolvimento Social (BRASIL, 2015), a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) definiu, em sua 124ª reunião, as prioridades e metas para as gestões municipais. Isso ocorreu no âmbito do “Pacto de Aprimoramento do SUAS” para o quadriênio 2014/2017 (NOBSUAS/2012, art. 23), no qual se materializam metas e prioridades, no âmbito do SUAS, e se constitui em mecanismo de indução de aprimoramento da gestão, serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais.

De acordo com Ministério do Desenvolvimento Social (BRASIL, 2015):

O Pacto de Aprimoramento da Gestão do Suas representa o compromisso entre o Ministério do Desenvolvimento Social e os órgãos gestores da assistência social dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, que tem como objetivo o fortalecimento desses órgãos para o pleno exercício da gestão do Suas, do Bolsa Família e do Cadastro Único para Programas Sociais, no seu âmbito de competência.

O Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, disciplinado pelo Decreto nº 6.135, de 26 de junho de 2007 e regulamentado pela Portaria GM/MDS nº 376 de 2008, é um instrumento de coleta de dados que possibilita a identificação e caracterização das famílias brasileiras de baixa renda (BRASIL, 2011) e o acesso desse público à rede de serviços socioassistenciais.

Dentre as 21 metas e prioridades traçadas pelo Pacto de Aprimoramento da Gestão do Suas, sobreleva ressaltar as metas 11 e 12, as quais se referem ao cadastramento e atendimento da população em situação de rua. Desse modo, a meta é atingir o percentual de 70% (setenta por cento) de identificação e cadastramento no CadÚnico das pessoas em

situação de rua em acompanhamento pelo Serviço Especializado para População em Situação de Rua e implantar 100% dos Serviços para população de rua (Serviço Especializado para Pop Rua, Serviço de Abordagem Social e Serviço de Acolhimento para pessoa em situação de rua) nos municípios com mais de 100 mil habitantes e municípios de regiões metropolitanas com 50 mil ou mais, conforme pactuação na CIT e deliberação do CNAS.

Desse modo, é dever da União, dos Estados e dos Municípios a prestação de serviços socioassistenciais às pessoas em situação de rua, como o cadastramento no CadÚnico e a implantação dos serviços para a população de rua (Serviço Especializado para Pop Rua, Serviço de Abordagem Social e Serviço de Acolhimento para pessoa em situação de rua).

4. Atuação da Defensoria Pública

Caso haja violação dos direitos das pessoas em situação de rua por parte do Poder Público, considerando sua omissão ou insuficiência na oferta de serviços socioassistenciais, restará patente a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do objetivo constitucional em erradicar a pobreza por meio da efetivação dos direitos sociais (art. 6º da Constituição Federal).

Desse modo, ante a omissão do Poder Público, cabe à Defensoria Pública intervir judicial ou extrajudicialmente, para garantir a defesa dos direitos humanos, direitos sociais e individuais indisponíveis da população em situação de rua.

Nesse diapasão, a tutela dos direitos das pessoas em situação de rua pode ser efetivada pela Defensoria Pública mediante a solução extrajudicial dos litígios, nos termos do art. 4.º da LC n.º 80/1994, inclusive com a expedição de recomendações (art. 12, parágrafo único, da Resolução nº 127/2016 da DPU), termos de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85), convocação de audiências públicas (art. 4º, inciso XXII, da LC 80/94) e outras técnicas de resolução de conflitos (art. 4º, inciso II, da LC 80/94).

Ademais, a Defensoria Pública possui legitimidade para propor, em defesa dos direitos das pessoas em situação de rua, ações civis públicas (art. 1º, IV, da Lei 7.347/85), mandados de segurança e ações ordinárias. Inclusive, poderá representar aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos, em caso de violações dos direitos humanos das pessoas em situação de rua.

5. Considerações finais

Cabe ao Poder Público a efetivação dos direitos sociais e humanos das pessoas em situação de rua, mediante a prestação de serviços socioassistenciais, a qual deve se dar por meio de políticas públicas prestadas em todos os níveis da Federação.

Em caso de omissão e/ou insuficiência da oferta de serviços socioassistenciais, cabe à Defensoria Pública intervir de modo a garantir às pessoas em situação de rua, os direitos assegurados pela Constituição Federal, sobretudo para que se efetive o objetivo constitucional de erradicação da pobreza e seja observado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que a Defensoria Pública, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, possui ampla legitimidade para tutelar os direitos das pessoas em situação de rua, tal qual estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 134, tendo em vista a vulnerabilidade de tal grupo social e a violação a seus direitos sociais e lesão aos direitos humanos.

6. Referências

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ação nacional em defesa dos direitos fundamentais. Defesa dos direitos das pessoas em situação de rua.** 2015. Disponível em: . Acesso em: 03/04/2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Inclusão das pessoas em Situação de Rua no Cadastro Único**

para Programas Sociais do Governo Federal. SUAS e População em Situação de Rua. V. 1. 2011. Disponível em: . Acesso em: 03/04/2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pacto de Aprimoramento do Suas.** 2015. Disponível em: . Acesso em: 03/04/2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Renda e Cidadania e Secretaria Nacional de Assistência Social. **Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua – Centro Pop. SUAS e População em Situação de Rua. V. 3.**2011. Disponível em: . Acesso em: 03/04/2018.

CONDEGE. Coordenação da Comissão de Direitos Humanos. **Protocolo de atuação em favor das pessoas em situação de rua.** 2016. Disponível em: . Acesso em: 03/04/2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ASPECTOS PRICIPOLÓGICOS DAS LEIS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO ESTADUAL

MARIA LUIZA DE MORAES KUNERT: Pós Graduada em Direito Tributário e Direito Administrativo. Exerce o cargo público efetivo de Especialista em Regulação na Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel e é membro da Comissão de Ciência e Tecnologia da OAB/SP.

RESUMO: O presente trabalho visa descrever o processo administrativo no âmbito dos Estados, mostrando a diversidade de diplomas, bem como os estados que não possuem nenhuma Lei de Processo Administrativo codificada em um único texto. A abordagem é realizada em torno dos princípios constantes das diversas leis estaduais, tomando-se como paradigma a Lei Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo, Processo Administrativo. Processo Administrativo Estadual.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definição de processo administrativo e suas peculiaridades. 3. 3. Aplicação da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. 4. Princípios do processo administrativo e as leis estaduais. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Há pouca ou quase nenhuma literatura sobre o processo administrativo em âmbito estadual. Ao se realizar a pesquisa para o presente trabalho, observou-se que há muitas diferenças entre os princípios positivados no ordenamento jurídico de cada ente da federação.

A Constituição Federal em seu art. 5º, LV, preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. É a primeira vez que a Carta Magna Brasileira prevê direitos

para os administrados no processo administrativo. As outras Constituições traziam em seu bojo o processo administrativo apenas para apenar servidores ou membros do Ministério Público.

Com base neste dispositivo, a União criou a Lei Federal n.º 9.784, de 1999, a Lei do Processo Administrativo Federal (LPPA). Antes, alguns Estados já haviam criado suas próprias legislações, como Sergipe e São Paulo. Outros Estados jamais as criaram, como é o caso do Paraná e da Paraíba, dentre outros.

Assim, este trabalho objetiva a comparar a lei de processo administrativo dos Estados que a possuem, no aspecto principiológico, apontando suas diferenças e semelhanças com a Lei Federal.

2. DEFINIÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUAS PECULIARIDADES

A importância de uma lei de processo administrativo em âmbito estadual é imensa. A lei determina o que irá acontecer na relação jurídica entre a Administração e os administrados, prevê prazos para resposta por ambas as partes e, além disso, informa o que poderá ser feito caso a pretensão do administrado seja denegada. Ela consubstancia o princípio da segurança jurídica e efetiva o art. 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Inicialmente, cumpre-se trazer a definição de processo administrativo, também o distinguindo de procedimento. Para Carvalho Filho (2016, p. 1213):

O termo processo indica uma atividade para a frente, ou seja, uma atividade voltada a determinado objetivo. Trata-se de categoria jurídica caracterizada pelo fato de que o fim alvitrado resulta da relação jurídica existente entre os integrantes do processo. Na verdade, pode definir-se o processo como a relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim.

Trata-se de processo como relação jurídica, como bem evidencia Borges (2015, p. 1318), citando Dinamarco:

Processo é um conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações) (CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996)

Diferencia-se o processo de procedimento novamente citando Carvalho Filho (2016, p. 1215) em referência a Calmon de Passos:

A noção de procedimento, porém, é diversa. CALMON DE PASSOS averba que “procedimento é o processo em sua dinâmica, é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo”. 78 A ideia formulada pelo grande processualista é bastante precisa e indica a mecânica do processo, vale dizer, o modo e a forma pelos quais se vão sucedendo os atos do processo. A noção de processo implica objetivo, fim a ser alcançado; é noção teleológica. A de procedimento importa meio, instrumento, dinâmica, tudo enfim que seja necessário para se alcançar o fim do processo. Em suma, o sentido de procedimento revela a própria sequência ordenada de atos e de atividades produzidos pelos interessados para a consecução dos objetivos do processo.

Diante da diferenciação muito bem descrita pelo autor, pode se conceituar processo administrativo como: “o instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração.” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 1217)

Em que pese a noção geral de processo como processo judicial, o processo administrativo apresenta algumas diferenças daquele. Inicialmente

tem-se que, o processo judicial é trilateral, isto é, são as duas partes (autor e réu, requerente e requerido, reclamante e reclamado) e o juiz os seus atores principais. O processo administrativo é bilateral, a administração é parte e também juiz. Segundo di Pietro (2017, p. 655), “[...] estabelece uma relação bilateral, “inter partes”, ou seja, de um lado, o administrado, que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide, não age como terceiro, estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei [...]”.

A segunda diferença é que os processos judiciais que resolvem contendas são iniciados por provocação das partes. Não há que se pensar em o Poder Judiciário instaurando processos sozinho, sem nenhum requerimento. No caso dos processos administrativos, estes podem ser instaurados pelo administrado (ou administrados) ou pela própria Administração, de ofício.

Como última diferença pode-se citar que o resultado dos processos administrativos não faz coisa julgada material, isto é sempre podem ser apreciados pelo Poder Judiciário. É da lição de di Pietro (2017, p. 656) que “Pela mesma razão, não pode a Administração proferir decisões com força de coisa julgada, pois ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo ou ninguém pode ser juiz em causa própria. Aliás, é essa precisamente a distinção fundamental entre a função administrativa e a função jurisdicional.”

3. APLICAÇÃO DA LEI 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999 – Lei Federal do Processo Administrativo

Vistos estes conceitos, traz-se à baila Lei Federal do Processo Administrativo e suas particularidades. Primeiramente, cumpre-se frisar que a Lei nº 9.784, de 29, de janeiro de 1999 é uma lei federal e não nacional. Ela dispõe sobre normas específicas para a União, não preceitua normas gerais e não se aplica diretamente aos demais entes da federação, a não ser de maneira subsidiária.

De acordo com seu art. 1º, ela estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Topograficamente, a Lei do Processo Administrativo Federal divide-se da seguinte forma: das Disposições Gerais; dos Direitos dos Administrados; dos Deveres do Administrado; do Início do Processo; dos Interessados; da Competência; dos Impedimentos e da Suspeição; da Forma, Tempo e Lugar dos Atos do Processo; da Comunicação dos Atos; da Instrução; do Dever de Decidir; da Motivação; da Desistência e Outros Casos de Extinção do Processo; da Anulação, Revogação e Convalidação; do Recurso Administrativo e da Revisão; dos Prazos; das Sanções; das Disposições Finais.

As cortes superiores admitem a aplicação subsidiária da Lei Federal caso não haja Lei Estadual específica. É o que decide o Superior Tribunal de Justiça neste julgado, referente à aplicação da Lei n.º 9.784/1999 no Estado do Rio de Janeiro, em 2008, portanto, anterior à promulgação da Lei de Processo Administrativo desse Estado (Lei Estadual Nº 5427, de 01 de abril de 2009).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LEI Nº 9.784/1999. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA NO ÂMBITO ESTADUAL. POSSIBILIDADE. 1 - A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de ser possível a aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/1999 no âmbito estadual. 2 - Precedentes. 3 - Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no Ag: 935624 RJ 2007/0179895-6, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 21/02/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 31/03/2008)

É também este o caso do Estado de Santa Catarina, abaixo descrito:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PENSÃO POR MORTE. REVISÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA EM FACE DO DECURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS APÓS A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 9.784/99 POR ANALOGIA INTEGRATIVA. 1. Nos termos da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, de modo adequá-lo aos preceitos legais.

2. Com vistas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido aplicação, por analogia integrativa, da Lei Federal n. 9.784/1999, que disciplina a decadência quinquenal para revisão de atos administrativos no âmbito da administração pública federal, aos Estados e Municípios, quando ausente norma específica, não obstante a autonomia legislativa destes para regular a matéria em seus territórios. Colheu-se tal entendimento tendo em consideração que não se mostra razoável e nem proporcional que a Administração deixe transcorrer mais de cinco anos para providenciar a revisão e correção de atos administrativos viciados, com evidente surpresa e prejuízo ao servidor beneficiário. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1251769 SC 2011/0099170-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 06/09/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2011)

Frisa-se que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo aplicação subsidiária da Lei Federal mesmo quando presentes Leis Estaduais (Freire, 2012, p. 101), conferindo *status* de lei nacional à Lei 9.784/1999 e gerando significativa controvérsia doutrinária quanto à possibilidade de aplicação nestes casos. Segundo o autor:

É ainda mais curioso se considerado o fato de que o Caso Citibank fora julgado em 2012, enquanto que a lei estadual de processo administrativo fora promulgada no Estado do Rio de Janeiro em 2009. A Lei n. 5.427/2009 possui, em seu art. 63 [170], redação semelhante àquela prevista no art. 64 da LFPA. É dizer, em que pese haver diploma legal aplicável à Administração estadual, o STF optou por fazer uso da legislação federal, ainda que houvesse dispositivo semelhante aplicável diretamente àquela autoridade.

O mesmo fenômeno pode ser verificado em outros três acórdãos. Nos Casos Lins de Albuquerque [171] e Rizzato [172], ambos julgados em 2005, cabível a aplicação da lei de processo estadual, promulgada em 2003, à Administração amazonense. Embora fosse possível invocar o artigo 2º da lei estadual [173], cuja redação se assemelha à do mesmo dispositivo da LFPA, o Supremo

trouxe precedentes que aplicavam a Lei n. 9.784/99 para sustentar a incidência da decadência administrativa e da segurança jurídica.

No Caso Gomes [174], o acórdão é posterior à edição da lei paulista de processo administrativo. Ocorre, também, que o Supremo optou pela aplicação da LFPA à autoridade estadual.

170 Lei n. 5.427/2009 do Estado do Rio de Janeiro. "Art. 63. O órgão ou autoridade

competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida."

171 RE 434.222-7 AgR/AM, Rel. Min. Carlos Velloso, 2a Turma, j. 14.06.2005.

172 RE 341.732-1 AgR/AM, Rel. Min. Carlos Velloso, 2a Turma, j. 14.06.2005.

173 Lei n. 2.794/2003 do Estado Amazonas. "Art. 2o. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, prevalência e indisponibilidade do interesse público, presunção de legitimidade, autotutela, finalidade, impessoalidade, publicidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, boa-fé e eficiência."

174 RE 217.141-5 AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2a Turma, j. 13.06.2006

Entende-se aqui pela impossibilidade da aplicação da LFPA quando existentes leis estaduais, porquanto os Estados dispõem de autonomia para legislar sobre Direito Administrativo.

4. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E AS LEIS ESTADUAIS

Analisando a existência de leis de processo administrativo estaduais, de acordo com a presente pesquisa, foram encontradas tais leis em dezesseis unidades da Federação (Rondônia - RO, Amazonas - AM,

Roraima - RR, Maranhão - MA, Piauí - PI, Rio Grande do Norte - RN, Pernambuco - PE, Alagoas - AL, Sergipe - SE, Bahia - BA, Goiás - GO, Distrito Federal - DF, Mato Grosso - MT, Rio de Janeiro - RJ, São Paulo - SP, Minas Gerais - MG) e não foram encontradas leis de processo (ou procedimento) administrativo em onze unidades da Federação (Amapá – AP, Acre - AC, Pará - PA, Tocantins - TO, Ceará - CE, Paraíba - PB, Mato Grosso do Sul - MS, Espírito Santo - ES, Paraná - PR, Santa Catarina - SC, Rio Grande do Sul RS).

Duas dessas Leis estaduais de processo administrativo foram editadas antes da Lei Federal, as dos Estados de Sergipe e de São Paulo. Todas as demais foram promulgadas após a Lei Federal, sendo que as mais recentes, dos Estados de Rondônia e do Piauí foram promulgadas apenas em 2016, quinze anos após a publicação Lei 9.784, de 1999.

Uma curiosidade quanto ao diploma processual administrativo do Distrito Federal merece ser mencionada. A Lei do Distrito Federal n.º. 2.834 de 7 de dezembro de 2001, com redação dada pela Lei Distrital n.º 6.037, de 21 de dezembro de 2017 apenas se limita a indicar a aplicação da Lei Federal no âmbito do DF.

Art. 1º Aplicam-se aos atos e aos processos administrativos no âmbito da Administração direta e indireta do Distrito Federal, no que couber, as disposições da Lei federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, com a redação conferida pela Lei federal n.º 12.008, de 29 de julho de 2009.

A lei vigente mais antiga é a do Estado de Sergipe, promulgada em 26 de dezembro de 1996, antes da Lei Federal. Ela institui o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe, não tratando apenas de processo administrativo. Aliás, ela denomina o processo administrativo de procedimento administrativo. É a Lei que apresenta mais diferenças para a Lei Federal. As demais leis estaduais não diferem muito em conteúdo, mas apresentam algumas peculiaridades.

A seguir, mostram-se os diplomas legais em cada Estado da Federação, bem como os Estados que não possuem lei de processo administrativo:

AP – Não encontrada;

AC – Não encontrada;

RO – Lei n.º 3.830, de 27 de junho de 2016;

PA – Não encontrada;

AM – Lei n.º 2.794, de 6 de maio de 2003;

RR – Lei n.º 418, de 15 de janeiro de 2004;

TO – Não encontrada;

MA – Lei n.º 8.959, de 8 de março de 2009;

PI – Lei n.º 6.782, de 28 de março de 2016;

CE – Não encontrada;

RN – Lei Complementar n.º 303, de 9 de setembro de 2005;

PB – Não encontrada;

PE – Lei n.º 11.781, de 6 de junho de 2000;

AL – Lei n.º 6.161, de 26 de junho de 2000;

SE – Lei Complementar n.º 33, de 26 de dezembro de 1996;

BA – Lei n.º 12.209, de 20 de abril de 2011;

GO – Lei n.º 13.800, de 18 de janeiro de 2001;

DF – Lei n.º 2.834, de 7 de dezembro de 2001;

MT – Lei n.º 7.682, de 1º de julho de 2002;

MS – Não encontrada;

ES – Não encontrada;

RJ – Lei n.º 5.427, de 1º de abril de 2009;

SP – Lei n.º 10.177, de 30 de dezembro de 1998;

MG – Lei n.º 14.184, de 30 de janeiro de 2002;

PR – Não encontrada;

SC – Não encontrada;

RS – Não encontrada;

Referente aos aspectos principiológicos, A LFPA positiva os princípios do processo administrativo em seu artigo 2º:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

As leis dos estados não trazem exatamente os mesmos onze princípios expressamente positivados na Lei Federal. Isso não significa que os processos administrativos nos âmbitos dos Estados não sigam esses princípios. Apenas indica que estes são implícitos no ordenamento jurídico, pois é impossível se conceber processo administrativo que não os obedeça.

O princípio da legalidade é o único unânime, constante de todas as leis. A Lei Sergipana, a que apresenta mais divergências para a LFPA o positiva como “legalidade objetiva”. Alguns princípios da lei federal não constam da lei de Sergipe, mas constam da lei de todos os demais estados. São eles: motivação, razoabilidade, moralidade e ampla defesa. Os princípios da finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência não constam de todas as leis estaduais, mas estão presentes na maioria.

As leis de Roraima, Alagoas e Goiás trazem exatamente os mesmos princípios que a Lei 9.784/99. Já as demais trazem outros princípios que

estão implícitos no processo administrativo Federal, como: transparência, impessoalidade, isonomia, igualdade, publicidade, formalidade, celeridade, oficialidade, informalismo, participação, proteção da legítima confiança, devido processo legal, revisibilidade, instrumentalidade das formas, presunção de legitimidade, boa-fé, autotutela, verdade material, inquisitório e gratuidade.

O conjunto de princípios é extenso. Não é objetivo de o presente trabalho esmiuçar o conteúdo de cada um deles, mas sim mostrar a grande diversidade entre as leis no aspecto principiológico, o que pode ser resumindo conforme segue, mostrando os princípios constantes de cada Lei Estadual:

União – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência;

RO – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público. Não consta da Lei rondoniana o princípio da eficiência;

AM – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público (na Lei amazonense, positivado como prevalência e indisponibilidade do interesse público), eficiência, impessoalidade, publicidade, devido processo legal, revisibilidade, presunção de legitimidade, boa-fé, autotutela;

RR – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência;

MA – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência, igualdade;

PI – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência, transparência, impessoalidade, publicidade, celeridade, oficialidade, participação, proteção da legítima confiança;

RN – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, eficiência, isonomia;

PE – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público;

AL – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência;

SE – Legalidade, positivado como legalidade objetiva, informalismo (é a única Lei que positiva este princípios), verdade material, inquisitório, gratuidade e revisibilidade (também é a única Lei que positiva este princípio);

BA – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, proporcionalidade, segurança jurídica, eficiência, impessoalidade, publicidade, formalidade, celeridade, oficialidade, devido processo legal, presunção de legitimidade, verdade material, e gratuidade.

GO – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência;

DF – conforme supramencionado, a Lei distrital se limita a recepcionar expressamente a Federal. Assim todos os princípios da Lei n.º 9.784/1999 se aplicam;

MT - legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, eficiência, impessoalidade, publicidade, formalidade;

RJ – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência, transparência, impessoalidade, publicidade, celeridade, oficialidade, informalismo, participação, proteção da legítima confiança;

SP – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público, impessoalidade, publicidade. Os princípios da ampla defesa e contraditório estão positivados como garantias e não como princípios;

MG – legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, contraditório, eficiência, impessoalidade, publicidade;

Pode-se dizer que, mesmo que não estejam expressamente positivados nos ordenamentos jurídicos Federal, Estaduais ou Distrital, os princípios aqui mostrados regem o processo administrativo de maneira genérica, não se excluindo de sua aplicação qualquer ente da Federação.

É da doutrina de Eros Roberto Grau (GRAU, 2009, p. 171) que os princípios não positivados ou implícitos apresentam força cogente, pois são declarados intérprete e não, constituídos. Assim, não há falar em princípios positivados:

Os princípios explícitos, estes se manifestam de modo expresse. Os demais, implícitos, não são “positivados”, mas descobertos no interior do ordenamento; pois eles já eram, nele, princípios de direito positivo, embora latentes. Em outros termos: o intérprete autêntico nada “positiva”. O princípio já estava positivado. Se não fosse assim, não poderia ser induzido.

Assim, conforme Grau, os princípios não positivados são latentes no ordenamento jurídico, constituindo a interpretação do princípio ato declaratório e não constitutivo.

Tomando-se por base os ensinamentos do autor ora mencionados, conclui-se pela aplicação de todos os princípios positivados nas leis estaduais ao processo administrativo no âmbito dos entes subnacionais.

4. CONCLUSÃO

Comparando-se as leis estaduais de processo administrativo, conclui-se que, em regra, são bem semelhantes à Lei Federal, com diferenças para atender às particularidades de cada Estado.

A aplicação da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 só será possível se não existente lei estadual específica, casuisticamente, e no caso do Distrito Federal, que a recepcionou em seu ordenamento jurídico expressamente.

Assim sendo, em cada Estado há um conjunto de princípios, não necessariamente igual ao conjunto positivado na Lei Federal, aptos a retratar melhor as peculiaridades de cada um deles.

Os princípios constantes das leis de processo administrativo estadual são: legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, finalidade, proporcionalidade, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência, transparência, impessoalidade, isonomia, igualdade, publicidade, formalidade, celeridade, oficialidade, informalismo, participação, proteção da legítima confiança, devido processo legal, revisibilidade, instrumentalidade das formas, presunção de legitimidade, boa-fé, autotutela, verdade material, inquisitório e gratuidade. Tais princípios são aplicáveis ao processo administrativo de forma genérica, não sendo possível excluir sua aplicabilidade, mesmo quando não positivado, em qualquer ente da Federação.

5. REFERÊNCIAS

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Freire, André Luís Macagnan, 2012, **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PROCESSO ADMINISTRATIVO - Como a**

Lei de Processo Administrativo é aplicada pelo Supremo?. Monografia disponível em:

www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/203_Andre%20Freire.pdf

Grau, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Brasil. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Estado de Rondônia. Lei nº 3830 de 27 de junho de 2016. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Rondônia.

Estado do Amazonas. Lei nº 2.794, de 06 de maio de 2003. REGULA o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Estado de Roraima. Lei nº 418 de 15 de janeiro de 2004. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Estado do Maranhão. Lei nº 8.959 de 08 de maio de 2009. Estabelece normas gerais para a elaboração e tramitação dos atos e processos administrativos no âmbito do Poder Executivo do Estado do Maranhão.

Estado do Piauí. Lei nº 6.782, de 28 de março de 2016. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado do Piauí.

Estado do Rio Grande do Norte, Lei Complementar nº 303, de 9 de setembro de 2005. Dispõe sobre normas gerais pertinentes ao processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Estado de Pernambuco. Lei nº 11.781, de 6 de junho de 2000. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Estado de Alagoas. Lei nº 6.161, de 26 de junho de 2000. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Estado de Sergipe. Lei Complementar nº 33 de 26 de dezembro de 1996. Institui o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe.

Estado da Bahia. Lei nº 12.209 de 20 de abril de 2011. Dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, e dá outras providências.

Estado de Goiás. Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás.

Distrito Federal. Lei nº 2.834 de 7 de dezembro de 2001. Recepiona a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Estado do Mato Grosso. Lei nº 7.692, de 1º de julho de 2002. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 5427, de 01 de abril de 2009. Estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.

Estado de São Paulo. Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Estado de Minas Gerais. Lei nº 14.184, de 30 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

O BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: Os tratados são considerados uma das fontes do Direito Internacional positivo e podem ser conceituados como todo acordo formal, firmado entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, tendo por finalidade a produção de efeitos jurídicos. A partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito Internacional e do Direito interno.

Palavras-chave: Brasil, Direito Internacional, Tratados.

ABSTRACT: Treaties are considered to be one of the sources of positive international law and can be considered as any formal agreement signed between legal entities of public international law, with the purpose of producing legal effects. From the Constitution of 1988, the interaction and conjugation of international and domestic law intensifies.

Keywords: Brazil, International right, Treaties.

RESUMEN: Los tratados se consideran una de las fuentes del derecho internacional positivo y pueden ser conceptuados como todo acuerdo formal, firmado entre personas jurídicas de Derecho Internacional Público, con el fin de producir efectos jurídicos. A partir de la Constitución de 1988 se intensifica la interacción y conjugación del Derecho Internacional y del Derecho interno.

Palabras clave: Brasil, Derecho Internacional, Tratados.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal regula os tratados internacionais no direito brasileiro. A Constituição brasileira dispõe que compete à União, na qualidade de representante da República Federativa do Brasil, manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações

internacionais. Esta disposição reserva ao governo federal a competência em matéria de política externa e faz deste o único sujeito de direito internacional capaz de representar o Brasil. Em consequência, os estados e municípios não estão autorizados a celebrar tratados internacionais – somente a União pode fazê-lo.

Os tratados são considerados uma das fontes do Direito Internacional positivo e podem ser conceituados como todo acordo formal, firmado entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, tendo por finalidade a produção de efeitos jurídicos.

A denominação ‘tratado’ é genérica, mas, de acordo com a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim, podem ser adotadas outras denominações como, por exemplo, convenção, declaração, protocolo, convênio, acordo, ajuste, compromisso.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 1969, surgiu da necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais. O Brasil assinou a Convenção em 23 de maio de 1969, mas, até a presente data, ainda não a ratificou.

Os tratados internacionais apenas serão aplicados entre os Estados que consentiram expressamente com a sua adoção no livre e pleno exercício de sua soberania, ou seja, os tratados não criam obrigações aos Estados que com eles não consentiram, mas apenas para os Estados partes; os tratados são, portanto, expressão do consenso.

2 DESENVOLVIMENTO

Depois de longo período praticando uma política de isolamento no tocante à ratificação de tratados, o Brasil tem seguido movimento inverso nos últimos anos: cada vez mais se torna parte de diplomas convencionais, dos mais variados tipos.

2.1 Plano da existência: o procedimento de incorporação dos tratados internacionais

O mundo jurídico pode ser dividido em três planos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia.

O direito, diante da sua finalidade de ordenar a conduta humana, valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles fatos que possuem relevância para o relacionamento em sociedade.

Ocorrendo no mundo o fato previsto abstratamente pela norma (suporte fático hipotético), a norma jurídica incide transformando o fato em fato jurídico. Ao sofrer a incidência o fato é transportado para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência.

Quando se diz que uma norma existe isto quer dizer que a norma está posta no mundo, independentemente de ser vigente, de ser válida ou eficaz.

O ato legislativo começa a existir a partir da sua promulgação (declaração formal pela autoridade competente da existência do ato legislativo), ainda que a sua publicação somente ocorra posteriormente.

Com a publicação da norma tem início a sua vigência (possibilidade de produzir os seus efeitos) uma vez que, somente através da publicação a norma passa a ser conhecida por aqueles a quem se destina.

Com relação ao processo de formação dos tratados em geral é possível verificar três fases distintas: negociação, conclusão e assinatura do tratado; as três fases são da competência do Poder Executivo.

No ordenamento jurídico brasileiro o Presidente da República tem competência para celebrar o tratado e, posteriormente, o Congresso Nacional irá aprová-los, mediante decreto legislativo.

Após a aprovação pelo Congresso Nacional, o tratado volta para o Poder Executivo para que seja ratificado. Com a ratificação do Presidente da República o tratado internacional deverá ser promulgado internamente através de um decreto de execução presidencial.

Com a expedição do decreto de execução presidencial é possível falar que o tratado internacional ingressou no plano da existência, isto é, o tratado está posto no mundo.

2.2 Plano da validade

Após atestada a existência do fato jurídico (tendo sido verificado que o fato é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático), o fato jurídico irá passar pelo plano da validade. No plano da validade será verificada a perfeição do fato jurídico, isto é, será analisado se o fato não possui qualquer vício invalidante.

A análise da validade ou invalidade de um ato jurídico assegura a integridade do ordenamento jurídico, uma vez que, ao recusar utilidade jurídica aos atos jurídicos que infringem as normas do ordenamento, garante-se a integridade da vigência do sistema jurídico como um todo.

No âmbito do Direito Público, e para o que interessa no presente trabalho, é possível falar de invalidade das leis que infringem normas jurídicas de hierarquia superior; tais leis são consideradas nulas, isto é, inválidas (casos de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos infralegais).

2.2.1 A posição hierárquica dos tratados internacionais

A Constituição brasileira de 1988 não apresenta nenhum dispositivo que expressamente determine a posição dos tratados internacionais perante o direito interno

Com base no artigo 102, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal que determina que o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, mediante recurso extraordinário, “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, a jurisprudência e a doutrina brasileira acolheram a tese de que os tratados internacionais e as leis federais possuem a mesma hierarquia jurídica, ou seja, os tratados internacionais são incorporado no ordenamento jurídica brasileiro como norma infraconstitucional.

2.2.2 O conflito entre tratados internacionais e normas internas

Diante de um conflito entre um tratado internacional e a Constituição, considera-se a primazia desta última visando a preservação da autoridade da Lei Fundamental do Estado, ainda que isto resulte na prática de um ilícito internacional.

Tal primado da Constituição não está expresso diretamente na Constituição brasileira, mas pode ser apreendido dos artigos que determinam que os tratados, assim como as demais normas infraconstitucionais, encontram-se sujeitos ao controle de constitucionalidade.

As maiores discussões surgem dos conflitos entre tratados e leis internas infraconstitucionais. Nessa situação específica, muitos países como França e Argentina, por exemplo, garantem a prevalência dos tratados.

No caso brasileiro, havendo conflito entre um tratado e uma lei infraconstitucional, levando em consideração que ambos estão no mesmo nível hierárquico, adota-se a regra da 'lei posterior derroga a anterior'.

Sendo assim, havendo um conflito entre uma lei anterior à promulgação do tratado e o próprio tratado, prevalece o tratado. Na situação inversa, qual seja, um conflito entre tratado e lei posterior, prevalece a lei posterior, independentemente das consequências pelo descumprimento do tratado no plano internacional.

Esse sistema paritário que equipara juridicamente o tratado à lei federal vigora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) desde 1977, quando do julgamento pelo Supremo do Recurso Extraordinário 8004.

É possível falar em verdadeiro retrocesso nesse posicionamento adotado pelo Supremo, uma vez que modificou a tese anterior de primado do Direito Internacional frente ao Direito interno sem levar em consideração que os tratados internacionais possuem uma forma própria de revogação (a denúncia), nem o fato de que o descumprimento interno de um compromisso assumido externamente acarreta a responsabilidade internacional do

Estado, além de outras graves consequências no plano político internacional.

Na doutrina brasileira existem juristas que defendem o status supralegal dos tratados e outros que defendem a supra constitucionalidade dos mesmos alegando que os tratados possuem força obrigatória e vinculante e só podem ser retirados do ordenamento interno por meio da denúncia – ato que implica na retirada do Estado de determinado tratado internacional.

A jurisprudência, todavia, adota a teoria da paridade entre tratado internacional e a legislação federal. Com relação aos tratados internacionais de direitos humanos as discussões acerca da sua hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro são ainda maiores.

2.2.3 Os tratados internacionais de direitos humanos e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal

Ainda existem controvérsias doutrinárias acerca da forma de integração e eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno.

O artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 determina que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A interpretação dada por muitos autores ao disposto neste artigo, levando em consideração uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição brasileira, foi a de atribuir aos direitos garantidos nos tratados de direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

O referido artigo ao expressamente determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem direitos decorrentes dos tratados internacionais estaria assim, incluindo no catálogo dos direitos

protegidos constitucionalmente, aqueles direitos enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Outra parte da doutrina vai ainda mais além defendendo o status supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, ou seja, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos estariam localizados acima da própria Constituição.

Diante das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema e buscando resolver a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro, a Emenda Constitucional no 45 de dezembro de 2004 acrescentou um 3º parágrafo ao artigo 5º determinando que: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emenda constitucional.

Antes da emenda 45/2004 os tratados internacionais de direitos humanos eram aprovados por meio de decreto legislativo, por maioria simples, conforme artigo 49, inciso I da Constituição de 1988 e, posteriormente, eram ratificados pelo Presidente da República. Tal forma de recepção dos tratados, idêntica à forma de recepção dos tratados que não versam sobre direitos humanos, gerou diversas controvérsias sobre a aparente hierarquia infraconstitucional, ou seja, nível de normas ordinárias dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro.

Com o advento da emenda 45/2004 os tratados sobre direitos humanos passariam a ser equivalentes às emendas constitucionais. Todavia, as dúvidas e discussões não cessaram: apenas os tratados aprovados conforme o rito das emendas constitucionais teria valor hierárquico de norma constitucional e aqueles que não obtivessem o quórum qualificado passariam a ter o valor de norma infraconstitucional? O que aconteceria com os tratados ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor da emenda 45 – perderiam o status de normas constitucionais que aparentemente era garantido pelo parágrafo 2º do artigo 5º da CF no caso de não serem aprovados pelo quórum o parágrafo 3º do artigo 5º?

Para os autores que defendem que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia constitucional, estes tratados já possuem status de norma constitucional, nos termos art. 5º, parágrafo 2º da CF; sendo assim, independentemente de serem posteriormente aprovados pela maioria qualificada do parágrafo 3º do art. 5º da CF, os tratados já são materialmente constitucionais.

O parágrafo 3º do art. 5º da CF traz apenas a possibilidade de os tratados, além de materialmente constitucionais, serem ainda formalmente constitucionais, ou seja, equivalentes a emendas constitucionais, desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quórum do parágrafo 3º do mesmo art. 5º da CF.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343- SP, em dezembro de 2008, modificou o seu posicionamento acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. O Supremo entendeu, majoritariamente, que esses tratados, antes equiparados às normas ordinárias federais, apresentam status de norma supralegal, isto é, estão acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição. Tal posicionamento admite a hipótese de tais tratados adquirirem hierarquia constitucional, desde observado o procedimento previsto no parágrafo 3º, artigo 5º da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional no 45/2004.

A partir desse novo entendimento do Supremo, sendo aprovado um tratado internacional de direitos humanos o tratado passa a ter hierarquia superior a lei ordinária (supralegal ou constitucional), ocorrendo a revogação das normas contrárias por antinomia das leis.

Com a nova posição do Supremo a configuração da pirâmide jurídica do ordenamento brasileiro foi modificada: na parte inferior encontra-se a lei; na parte intermediária encontram os tratados de direitos humanos – aprovados sem o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da CF – e no topo encontra-se a Constituição.

A nova posição do Supremo, apesar de não adotar a tese doutrinária majoritária defendida pelo Ministro Celso de Mello que defende que as normas dos tratados internacionais de direitos humanos possuem status constitucional independentemente da forma de sua ratificação, representa

um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro que durante vários anos considerou a paridade entre os tratados de direitos humanos e as leis ordinárias.

2.3 Plano da eficácia: os efeitos da internalização dos tratados internacionais no ordenamento interno

Os atos jurídicos, depois de verificada a sua validade, estarão aptos a produzir os seus efeitos específicos ingressando assim, no plano da eficácia.

O presente tópico trata da eficácia jurídica, ou seja, da análise do conjunto das consequências (efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico – análise das consequências da internalização dos tratados na ordem interna - e da eficácia do direito ou eficácia social que designa a efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina.

Quando em vigor no plano internacional os tratados ratificados pelo Estado, promulgados e publicados, passam a integrar o arcabouço normativo interno e a produzir efeitos na ordem jurídica interna.

A eficácia (jurídica e social) dos direitos consagrados nos tratados ratificados pelo Brasil dependerá da sua recepção na ordem jurídica interna e do status jurídico que esta lhes atribui.

Como já visto, os tratados em geral quando recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro adquirem o status de normas infraconstitucionais. Nesses termos, tais tratados, quando promulgados, revogam todas as normas anteriores contrárias ao seu conteúdo e, por outro lado, são revogados por leis posteriores quando da existência de um conflito.

Com relação aos tratados de direitos humanos acolhidos como normas supralegais, encontram-se localizados acima da legislação ordinária, mas, em caso de conflito com a Constituição, prevalecerão as normas constitucionais.

Os tratados de direitos humanos que adquirirem hierarquia constitucional, nos termos do art. 5º, parágrafo 3º da CF, passam a constituir cláusulas pétreas não podendo ser suprimidos sequer por emenda

constitucional[86]; tornam-se insuscetíveis de denúncia e passam a ter aplicabilidade imediata tão logo sejam ratificados. Nesses termos, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência.

Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que viole as prescrições do tratado e no caso de um conflito com normas constitucionais deverá prevalecer a norma mais favorável ao titular do direito.

Importante destacar que, ao contrário da posição adotada pelo Supremo, para os autores como Pontes de Miranda que consideram que os Estados estão submetidos à ordem supra estatal, a incidência dos direitos fundamentais não depende do reconhecimento constitucional, uma vez que tais direitos pertencem à ordem jurídica exterior e acima do Estado e, por isso, impõem limites tanto ao Poder estatal quanto ao Poder Constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição, cercando-os das garantias necessárias à sua efetividade.

Os direitos fundamentais supra estatais são considerados paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. Tais direitos impõem limites aos poderes do Estado – nenhuma norma interna pode ser interpretada ou executada em contradição com a Constituição e com as normas de direitos fundamentais supra estatais; ademais, o Estado se vê obrigado a incorporar esses direitos à Constituição e a garantir os meios necessários para a efetividade de tais direitos.

Cabe ao Poder Judiciário e aos demais Poderes Públicos assegurar a implementação no âmbito nacional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro; ao Congresso Nacional a obrigação negativa de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas internacionalmente; e aos cidadãos, beneficiários diretos de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, reclamarem, perante os órgãos judiciais do Estado, a satisfação dos direitos estabelecidos nos tratados.

Levando em consideração que o Direito Internacional ainda não conta com mecanismos jurídicos internacionais de controle bem organizados e

aptos para aplicar, no caso concreto, as punições para os Estados que, vinculados a tratados internacionais, não cumparam as obrigações assumidas, é possível concluir que a efetivação dos direitos humanos se encontra, ainda e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados.

2.4 O Brasil e os tratados de direitos humanos

A Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Ela instituiu novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em consideração quando da interpretação de quaisquer normas do ordenamento jurídico prático. Esta Constituição deu um passo rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, sendo sua promulgação um marco para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos.

Concomitantemente, desenvolveu-se a ratificação de tratados internacionais dos direitos da pessoa humana, pelo Brasil, os quais perfazem uma gama de normas diretamente aplicáveis pelo judiciário e que agregam vários novos direitos e garantias àqueles já constantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Consolida o §2º do artigo 5º da Carta Magna que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”.

E é baseando neste parágrafo, que se conclui que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil têm status material constitucional, além de aplicação imediata, não podendo em hipótese alguma ser revogados por lei ordinária posterior.

O texto constitucional ao estabelecer que os direitos e garantias nele expressos, não excluem outros provenientes dos tratados internacionais, está a autorizar que estes, constantes das convenções de proteção aos direitos humanos, se incluam no ordenamento jurídico pátrio, passando a ser considerados como se estivessem escritos na própria Magna Carta, ampliando seu rol de constitucionalidade.

Em matéria de direitos e garantias, a Carta Federal, com o estabelecido no §2º do artigo 5º, reconhece uma dupla fonte normativa. A primeira vem do direito interno, ou seja, os direitos expressos e implícitos no texto constitucional e, a segunda, vem do direito internacional decorrente dos acordos internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil:

A) Sistema global

Convenção para Prevenção e a Repressão do crime de genocídio (1948)

Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)

Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966)

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)

Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965)

Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979)

Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1999)

Convenção contra a tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanas ou degradantes (1984)

Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989)

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de criança, à prostituição infantil e à pornografia infantil (2000)

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados (2000)

Convenção das Nações Unidas contra corrupção (2000) – Convenção de Mérida

B) Sistema regional interamericano

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica

Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979)

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (1988) – Protocolo de San Salvador

Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes à abolição da pena de morte (1990)

Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura (1985)

Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher (1994) – Convenção de Belém do Pará

Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994)

Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (1999)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tratados internacionais são a fonte principal do direito internacional. São leis do plano internacional, consubstanciadas em textos formais e escritos, celebrados por pessoas jurídicas de direito público externo.

No Brasil, a competência para incorporação ou consentimento definitivo do tratado internacional é compartilhada entre o Legislativo e o Executivo, com atuação específica de cada Poder, nos termos expressos da Constituição de 1988, passando por aprovação e promulgação, em três fases distintas, a saber: a celebração, o referendo ou aprovação e a promulgação. A celebração é ato da competência privativa do Presidente da República (Constituição de 1988, art. 84, inciso VIII), a aprovação ou referendo é da competência exclusiva do Congresso Nacional (Constituição, art. 49, inciso I; art. 84, inciso VIII), e a promulgação é da competência privativa do Presidente da República (Constituição de 1988, art. 84, inciso IV). Importante destacar que por disposição expressa do art. 5.º, § 3.º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros da cada Casa do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, 3 v.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Enciclopédico de Direito**, Brasiliense, 5 v.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Oxford University Press.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**, Oxford, 6a. edição, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Público**, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 8a edição, 1986, 2 v.

MENEZES, Wagner. **Direito internacional na América Latina**. Curitiba-PR: Juruá, 2007.

MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito**, Martins Fontes, 2002 (Hugo Grócio).

REZEK, J.F. **Direito Internacional Público - Curso Elementar**, Ed. Saraiva, 8a edição, 2000.

SILVA, G.E. do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**, Ed. Saraiva, 15a edição, 2002.

CORRUPTISSIMA REPUBLICA QUAE PLURIMAE LEGES: A LEI COMO FONTE DO INJUSTO, DO PECADO OU DO NADA

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:

Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Cena cotidiana no Brasil é aquela em que alguém, diante de um fato que lhe pareça injusto, clama em bom som pela necessidade da elaboração de uma lei para solucionar a questão. Este pedido de socorro ao legislador, embora ainda possa carregar o espírito romântico difundido nos séculos XVII e XVIII, há muito tempo perdeu o seu brilho, exceto para aqueles que preferem os aplausos do discurso enfadonho em detrimento do raciocínio.

Muitas leis são escritas para dizer o óbvio, ou seja, tudo aquilo que já foi dito inúmeras vezes por suas antecessoras, mesmo quando ainda em vigor, sem qualquer utilidade prática ou teórica. Em alguns casos a leitura não é somente redundante e despicienda, como também deveras irritante. Podemos destacar como exemplo diversas leis que, na parte introdutória, repetem os direitos fundamentais contemplados pela Constituição da República. É o caso, por exemplo, da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que estabelece, em seu art. 3.º, que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. Por sua vez, o art. 2.º, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), traz expresso que “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. E, finalmente, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), neste mesmo diapasão, dispõe, no art. 2.º, que “toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.”. Ora, se crianças, adolescentes, mulheres e idosos são seres humanos, a Constituição da República já não asseguraria a eles todos estes direitos? E aqueles que ainda não foram contemplados com um diploma legal específico não teriam as mesmas proteções supracitadas? Se a resposta é positiva, então qual seria a relevância da distinção por gênero e por idade?

Entre tantas dezenas de exemplos pleonásticos, o Código de Processo Penal não ficou para trás. No que diz respeito à prisão preventiva, estabelece como um dos seus requisitos a garantia da ordem econômica, precedido da garantia da ordem pública. Em que pese alguns autores

colocarem em dúvida a constitucionalidade das hipóteses mencionadas, em virtude de uma suposta invasão da lei processual às questões de mérito, o certo é que a distinção entre a ordem pública e ordem econômica era totalmente dispensável. Se o magistrado determina a prisão de um indivíduo para garantia da ordem econômica, ou seja, a fim de impedir a prática reiterada de delitos dessa natureza, obviamente estará decretando a constrição da liberdade como forma de salvaguardar a ordem pública.

Em outros temas relacionados à matéria processual, a falta de serenidade torna-se reincidente. No que tange ao interrogatório, por exemplo, há uma regra que merece ser destacada como *hors concours*, quando passamos a tratar da incrível capacidade de se falar o óbvio. O art. 192 do Código de Processo Penal disciplina o interrogatório do surdo, do mudo e do surdo-mudo. Diz que o ato processual deverá ser realizado da seguinte forma: I- ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente (ninguém duvida de que ao surdo não se deve fazer perguntas oralmente, e, se ele não é mudo, pode perfeitamente usar suas cordas vocais); II- ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito (claro, ele é mudo, não é surdo, por isso podemos fazer as perguntas oralmente; em contrapartida, para que ele as responda do mesmo jeito, somente sob a intervenção da divina providência); III- ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas (cremos que, se a testemunha não ouve, nem fala, ressalvada a técnica da telepatia, só lhe restará a via escrita).

Por falar em interrogatório aproveitemos a oportunidade para a demonstração do que pode ser considerada malícia ou pura falha legislativa. Ao admiti-lo por videoconferência, com a entrada em vigor da Lei 11.900/2008, o legislador elencou os casos em que a medida extrema poderá ser executada, a fim de evitar abusos por parte dos magistrados, tomando-se como regra a exceção. Todavia, no final do rol taxativo disposto no art. 185, do Código de Processo Penal, em seu inciso IV, ficou definido que o juiz poderá determinar o interrogatório por vídeo conferência para “responder à gravíssima questão de ordem pública”. Tendo em vista a ausência de norma explicativa capaz de estabelecer os parâmetros para que determinadas situações pudessem ser assim consideradas, abriu-se um

campo infinito ao magistrado, viabilizando o uso irrestrito do instituto sob o fundamento vazio da “gravíssima questão de ordem pública”.

Em outras situações, o legislador cria normas que somente serão capazes de promover justiça quando não observadas. É o caso do Código de Obras, que dispõe sobre a área mínima do banheiro de empregada fixada em 1,5 m². Se a regra for cumprida na literalidade, o arquiteto criará um ambiente no qual a trabalhadora doméstica deverá tomar banho sentada no vaso. E, por incrível que pareça, é o retrato da realidade. Isso porque o texto legal foi aprovado pelas comissões parlamentares defensoras dos Direitos Humanos, que, vale a pena frisar, não contava com a participação do arquiteto Albert Speer, o preferido do III Reich. A imagem é tão perturbadora que qualquer pessoa com um grau de instrução mais apurado relutaria em rodar a torneira pelo receio do que dali poderia sair. Por sua vez, o quarto destinado ao repouso noturno precisa conter ventilação, não necessariamente janela; pode ser um vão quatro vezes menor do que as demais janelas da casa, composta por três esquadrias de metal sobrepostas, sustentando lâminas de vidro canelado, reguláveis por uma alavanca que não permite uma abertura completa, e sem qualquer chance do indivíduo olhar para fora ou para dentro (talvez para evitar que prefira a queda livre à asfixia). Em contrapartida, usando ainda o Código de Obras, quando se constrói uma loja ou um banco, na maioria dos casos deve ser oferecida uma vaga de garagem para cada 50 m² executados, que jamais serão usados, nem pelos funcionários, muito menos pelos clientes, restando ao condomínio firmar contrato de locação com uma empresa de estacionamento, que cobrará por hora a qualquer pessoa, mesmo não tendo nenhuma relação com aqueles estabelecimentos comerciais.

Alguns dispositivos mostram-se tão grosseiros que o bom senso sugere ao intérprete o agravamento espontâneo da hipermetropia. Fingir não ter visto talvez seja a melhor saída. Pode-se adotar como exemplo o caso da própria Constituição da República que, em seu preâmbulo, assegura a todos os brasileiros o bem-estar, como se por intermédio de um texto impresso em folhas de papel, contendo meia dúzia de palavras, o ser humano fosse capaz de se apropriar daquilo que a maioria não consegue alcançar sequer por alguns dias: a felicidade. E se para todo direito há uma ação correspondente, por que não demandar contra o Estado a fim de obrigá-lo ao cumprimento do preceito constitucional?

A cegueira voluntária também é indicada para quem examina a Lei 7.716/1989 (Lei de Racismo), que, em seu art. 10, garante ao cidadão o livre acesso às termas ou casas de massagem, independentemente de sua raça, cor, etnia ou procedência nacional. Alguns autores sustentam que o legislador quis se referir às saunas existentes no país, bem como às clínicas de massoterapia ou outras do gênero. Será? Então se tivesse sido incluída a antiga expressão “casa da luz vermelha” deveríamos interpretar como clínica de cromoterapia? Entretanto, há de convir que o espanto não é nada comparado ao gerado pelo tipo penal do art. 32, § 1.º, da Lei 9.605/98 (Lei Ambiental), que exige a realização de “experiência dolorosa ou cruel em animal vivo”. No dia em que alguém conseguir realizar a mesma conduta em animal morto já não mais precisaremos do legislador, mas sim de exorcistas veterinários.

Dizem que as leis são muitas quando o Estado é corrupto, devendo ser entendida tal qualidade no sentido original da expressão latina *corruptus*, isto é, deteriorado, podre, o que se deixou estragar. Infelizmente, diante de tudo que foi acima apresentado, além de tantas outras pérolas legislativas não “homenageadas” neste texto, o Brasil se enquadra perfeitamente na referida máxima, cuja autoria foi atribuída à Tácito, político e historiador romano.

ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AOS EMPREITEIROS PERANTE AS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE OBRAS CIVIS

TAYSE GLEYSE DE JESUS PEREIRA:
Acadêmica do curso de Direito na Faculdade Guanambi - FG/CESG.

RESUMO: O presente artigo é um produto de revisão de literatura de teor científico acadêmico. Desta, foi-se analisada as empreiteiras sob a ótica da responsabilidade civil, com ênfase nas relações contratuais de obras civis, expondo, assim, seus conceitos, importância e principais características do juízo de responsabilidade civil no Brasil e, assim como a análise dos procedimentos de contrato que ocorrem rotineiramente entre a empreiteira, a construtora e o consumidor. Para tal, foi feita uma revisão de literatura abarcando as características jurídicas e éticas desta profissão bem como a responsabilidade civil que a engloba, as consultas foram realizadas por meio de livros, artigos científicos, publicações em sites acadêmicos e posteriormente todos estes conteúdos foram analisados e selecionados para melhor integração neste corpo. Ademais, este estudo foi desenvolvido de forma a possuir um teor qualitativo, explorando o conteúdo de maneira teórica, trazendo a exposição da atual legislação sobre a real natureza jurídica da responsabilidade da empreiteira na realização de obra. Por fim, constatou-se a obrigatoriedade, por parte do profissional em análise na execução adequada do serviço/produto contratado, haja visto que a principal obrigação do empreiteiro é executar a obra, tal como lhe foi encomendada, atendente as normas de segurança e solidez para a construção e execução da obra.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; empreiteiros; direito; relações contratuais.

ABSTRACT: The present article is a literature review product of academic scientific content. From this, it was analyzed the contractors from a civil liability perspective, with emphasis on contractual relations of civil construction, thus exposing their Concepts, importance and main characteristics of the civil liability judgment in Brazil and, as well as analysis of the procedures of Contracts that occur routinely between the contractor, the contractor and the consumer.

For this, a literature review was carried out covering the legal and ethical characteristics of this profession as well as the civil liability that encompasses it, the consultations were carried out through books, scientific articles, publications in academic sites and later all these contents were analyzed and Selected for better integration into this body. In addition, this study was developed in order to have a qualitative content, exploring the content in an applied way, bringing the current legislation's exposure to the real legal nature of the contractor's responsibility in the construction work. Finally, it was verified the obligation of the professional in analysis in the proper execution of the service / product contracted, since the main obligation of the contractor is to carry out the work, as ordered, in compliance with the safety and soundness standards For the construction and execution of the construction.

KEY WORDS: Civil Responsibility; Contractors; right; Contractual relationships.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, o setor da construção civil vem crescendo aceleradamente. A quantidade de novos empreendimentos, reformas outras obras relacionadas à construção de casas, apartamentos e outros empreendimentos imobiliários se destacam na conjuntura do mercado atual (MICHELETTI; FIGUEIREDO, 2016).

Assim, com crescente demanda de relações contratuais que são firmadas entre incorporadoras, construtoras e consumidores, é imprescindível a organização da responsabilidade civil do empreiteiro para garantir o resultado legal e funcional almejado em uma obra (NUNES, 2015).

Nesta perspectiva, cabe conceituar o contrato de construção, para luz a questões jurídicas envolvidas no processo de contratação de empreiteiras, sendo, assim, "todo ajuste para execução de obra certa e determinada, sob direção e responsabilidade do construtor, pessoa física ou jurídica, legalmente habilitada a construir, mediante condições avençadas com o proprietário ou comitente" (MICHELETTI; FIGUEIREDO, 2016).

No que tange a responsabilidade civil do empreiteiro, faz-se necessário diferenciar os conceitos de empreiteiro e construtor. O

empreiteiro é aquele que se obriga a entregar uma obra específica em regime de empreitada, onde fica sob a responsabilidade de outrem; trabalho cujo preço, previamente ajustado, é pago de uma só vez. Enquanto o construtor é quem executa a construção (NUNES, 2015).

Neste sentido, tem-se em foco a responsabilidade gerada por Empreitada resguarda algumas particularidades, diferindo de outras, isto porque poderá ser a mesma contratual, que é a responsabilidade do construtor com relação ao dono da obra, e também poderá ser extracontratual que é a responsabilidade do construtor com relação a danos causados a terceiros (SOUZA, 2011).

Destarte, o empreiteiro tem como principal obrigação à execução a obra contratada, sendo que o devedor assumiu a responsabilização pelo resultado certo e determinado, o construtor tem, portanto, uma obrigação de resultado. Tal obrigação se obriga a colocar sua habilidade técnica, prudência e diligência, para atingir o resultado. Sendo a responsabilidade do construtor é de resultado porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para o qual foi encomendada (CAVALIERI FILHO, 2009).

Desse modo, os diversos instrumentos jurídicos de proteção ao consumidor, previstos no Código de Defesa do Consumidor, esclarecem que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos ou serviços, dispondo que pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (SOUZA, 2011).

Pretende-se estudar os principais aspectos que envolvem o contrato de empreitada, suas características e modalidades, bem como as obrigações decorrentes tanto para o empreiteiro quanto para o dono da obra. Tratando, assim, a responsabilidade civil do empreiteiro perante o dono da obra e terceiros, com embasamento na pesquisa doutrinária e jurisprudencial atual.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO

A responsabilidade civil tem seu alicerce fundamental no princípio da reparação do dano, do qual deriva a ideia de que aquele que deu causa ao prejuízo de outrem, tem o dever de indenizar.

Neste sentido, o princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontrado no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de repará-lo.

O atual Código Civil dedica o Título IX, dentro do Livro I da parte especial – Do Direito das Obrigações –, à disciplina da Responsabilidade Civil, mais especificamente em seus artigos 927 a 954.

Porém, os aspectos e conceitos que norteiam a responsabilidade civil se encontram também em outros títulos do Código, uma vez que o legislador não tratou do tema da responsabilidade de maneira sistemática. Como por exemplo, a definição de ato ilícito, contida em seu artigo 186, que dita: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A partir deste conceito de ato ilícito, pode-se esmiuçar vários aspectos inerentes ao estudo da responsabilidade civil, como a conduta do agente, a existência do dano e o nexo de causalidade entre eles.

Contudo, a responsabilidade civil pode decorrer, também, de um descumprimento contratual, ou como alguns autores preferem dizer, um ilícito contratual. Esse conceito de responsabilidade civil oriunda de uma relação contratual entre as partes está sedimentado, dentre outras referências, no artigo 389 do Código Civil, que trata do inadimplemento das obrigações.

2.2. ÂMBITO HISTÓRICO

A ideia de compensar prejuízo injustamente causado é algo recente no Direito, trazida com o princípio da Lei de Talião, pelo qual se pagava o mal com o mal na chamada vingança privada. E isso porque, inexistiam mecanismos limitadores dessas reações humanas. Uma prática que talvez,

perdurasse até os dias de hoje, se não se encontrasse impedimento no ordenamento jurídico vigente (CAVALIERI FILHO, 2009).

Em fase mais avançada do século XIII a.C, com a presença de uma autoridade estatal imperante, foi que o legislador começou a regular a ideia de indenização, vedar a vingança particular e constranger o causador do dano a compor ofensas. Já em 450 a.C apareceram alguns ordenamentos modificadores da responsabilidade civil, como o Alcorão e o livro de Deuteronômio. Entretanto, foi no século III a.C que o ente estatal de forma exclusiva, passou a intervir nas lides privadas; dando valores aos danos e coagindo o lesado a aceitar a composição sem recorrer ao acerto de contas particular. E isso tudo, por meio da Lex Aquilia, considerada o marco da responsabilidade civil na época de Justiniano (CHAVES, 2009)

A mesma autora dando continuidade à descrição em tempo ainda nos traz:

A Lex Aquilia foi um plebiscito que datou o final do século III e que permitiu ao titular de bens destruídos ou deteriorados, o direito de receber pagamento de quem lhe deu causa como forma de penalidade pecuniária. Nesse contexto, surgiu a ideia de responsabilidade extracontratual, pois o Direito Romano interpretou esse diploma estabelecendo que havendo sido provocado dano injusto a alguém, o autor deveria ser punido independente de haver uma obrigação pressuposta.

Ressalta-se, que a teoria da reparação de danos só começou a ser moldada de forma mais compreensível quando os juristas vislumbraram que seu fundamento consistia na ruptura sofrida no equilíbrio patrimonial em virtude do dano. Posteriormente, os franceses aprimoraram as teorias romanas constituindo os princípios gerais da responsabilidade civil (FIOREZE, 2014).

Com o advento da evolução tecnológica, econômica e industrial no ocidente, depois da Segunda Guerra, foram verificadas alterações no campo dos contratos e nos princípios reguladores do dever de indenizar. A partir disso, percebe-se que o histórico da responsabilidade civil na cultura ocidental sofre mudanças constantes que oscilam desde as ideias mais

clássicas até as formas atuais, todas elas, frutos da necessidade de adequação social (CHAVES, 2009).

3. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DA EMPREITADA

No segmento do direito imobiliário bem como nos negócios jurídicos imobiliários, existem diversas modalidades de contratos que em sua maioria possuem o objetivo de regulamentar as relações jurídicas existentes entre as partes contratuais, entre os contratos que pertencem a este segmento, estão os Contratos de empreitada (FIOREZE, 2014).

Portanto, o contrato de empreitada, seguindo a conceituação adotada por Rizzardo (2010, p. 635) nada mais é do que:

O contrato ao qual, uma das partes obrigatoriamente se encarrega de executar por si só, ou até mesmo com o auxílio de outros profissionais, contudo sem quizer vínculo de subordinação, uma obra em específica, ou ofertar serviços e prestar pagamento para outra pagar ou efetuar um pagamento pelo total dos serviços prestados.

A princípio este, será um contrato bilateral, tendo como o direito de uma das partes equivale à obrigação adquirida pela outra. Possui também, características consensual, onerosa e comutativa. As vantagens são de total conhecimento faz partes a partir do momento que é findado a avença (CAVALIERI FILHO, 2009).

É possível que se dê a imediata execução sendo continua e realizada, assim chama-se "*intuitu personae*" ou livremente transferível (WALD, 2012, p. 179), não existe qualquer dependência ou subordinação do empreiteiro por parte do dono da obra.

Contudo, Venosa (2005, p.238) compreende-se que, a empreitada possui como fundamento a obrigação de fazer, sendo qualificada em face do empreiteiro possui a função de obedecer a determinados critérios, sendo

muitas vezes o contrato realizado em razão da satisfação pessoal, não podendo existir a possibilidade.

Para Pereira (2003) a empreitada possui como principal intuito o resultado final, não se atendo a atividade desempenhada. “A empreitada caracteriza-se nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final, e não a atividade, como objeto de relação contratual”. (p. 315).

Os contratos firmados com empreitada não disponibilizam prescrição legal, são assim, considerados como negócios não solenes. Rizzardo (2010) defende o seguinte pensamento, desde que o objeto seja lícito, e a vontade de manifeste livremente, sem vícios de consentimento, reconhece-se a empreitada mesmo que estabelecida verbalmente.

3.1. CLASSIFICAÇÕES DA EMPREITADA

De acordo a previsão legal encontrada especificamente no Artigo 610 do Código Civil Brasileiro, a empreitada disponibiliza duas espécies de modalidades, estas, podem ser de serviço, que nada mais é do que a empreitada de lavrador, ou de mão de obra do lavrador, possuindo assim uma obrigação de fazer, também a de serviços e materiais, chama também de contrato de empreitada, mista, ou também empreitada global, onde cristaliza uma obrigação de dar bem como de fazer.

Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.

§ 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

§ 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar lhe a execução. (BRASIL, 2002).

Sobre a empreitada de Trabalho, esta cobra do empreiteiro apenas o emprego da mão de obra, incumbindo-se apenas a administração por parte

da construção bem como a condução dos respectivos trabalhadores. Nesta espécie, os materiais que serão utilizados receber de terceiros seu total fornecimento ou até mesmo pelo dono da obra em questão (FIOREZE, 2014).

O empreiteiro também adquire a responsabilidade de organizar os materiais da obra, sendo a obrigação de fornecimento não presumida, sedo assim ser resultado de lei, ou estar expressamente contida no contrato que será firmado pelas partes, como é previsto no § 1º do art. 610 do Código Civil acima citado (FIOREZE, 2014).

O preço a ser cobrado pela empreitada pode ser fixa, ocorre quando o valor total a ser obrado é previamente definida entre o dono da obra e o empreiteiro a ser contratado, também por medida, ou unidade, em caos onde é cobrado por metro quadrado feito na construção, ou pela administração “quando as despesas de materiais correm por conta do dono da obra, recendo o empreiteiro certa percentagem como remuneração do seu trabalho (sistema *cost-plus*) com ou sem limite” (WALD, 2012, p. 180).

Sobre o preço da obra, o artigo 620 do Código Civil Brasileiro, prevê que em situações onde ocorra a diminuição do preço dos materiais ou da mão de obra, onde este extrapole um decido do peço total global convencionado anteriormente, o dono poderá solicitar que o valor antes acordado seja reavaliado, afim de que esta diferença identificada seja reembolsada descontada em cima do valor que o empreiteiro receberá.

3.2. OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO

O contrato firmado pelo empreiteiro e pelo dono da obra desencadeia obrigações para ambas às partes.

Art. 613. Sendo a empreitada unicamente de labor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade.(BRASIL, 2002).

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 613 , possui previsão de perecimento da coisa interior a sua entrega, especialmente em casos de

contrato por empreitada de labor. Este artigo refere-se que, caso a coisa venha perecer em mora de seu possuidor e nem culpa do empreiteiro, esta parte, deverá provar que a perda total foi resultado de efeitos dos materiais sem qualidade, sendo assim em tempo reclamando a sua qualidade, quantidade, sob pena de não perder a sua retribuição.

Wald (2012, p.181) explica que a empreitada sendo somente de labor, todos os riscos que surgirem são por conta do dono da obra e o empreiteiro se responsabiliza somente em caso de culpa exclusiva ou se seus prepostos.

Art. 614. Se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada.

§ 1º. Tudo o que se pagou presume-se verificado.
(BRASIL, 2002).

Tanto o recebimento como a verificação da obra, encontra-se regulamentados sob a luz do artigo 614 do Código Civil Brasileiro especificadamente no § 1º onde determina a presunção de que tudo o que foi pago foi devidamente verificado e está em total ordem (FIOREZE, 2014).

Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza. (BRASIL, 2002).

Estando a obra concluída, o dono possui a obrigação de recebê-la. Este poderá rejeitá-la, somente se houve por parte do empreiteiro afastamento de suas instruções e dos planos que lhe foram dados e das regras de cunho técnico para o desenvolvimento da natureza do trabalho. Nestas situações, torna-se facultativo ao dono da obra a obrigação de

recebê-la, sendo possível o abatimento total do preço acordado com a empreiteira (CAVALIERI FILHO, 2009).

“Art. 617. O empreiteiro é obrigado a pagar os materiais que recebeu, se por imperícia ou negligência os inutilizar”. (BRASIL, 2002).

O empreiteiro passa a responder também pela quitação do pagamento dos materiais adquiridos para elaboração da obra e que foram conseqüentemente inutilizados, em razão da negligência ou imperícia na sua utilização.

Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou. (BRASIL, 2002).

O artigo 619 determina que o empreiteiro tenha a obrigação de executar a reforma ou a construção, seguindo as especificidades do dono da obra e não possuirá o direito de exigir acréscimo no valor, ainda que este projeto venha a sofrer quaisquer modificações.

Com relação às modificações, as únicas ressalvas que surgem, é em casos que provêm de uma especificidade deixada por escrito pelo dono da obra ou quando este, pelo fato de acompanhar toda a execução do serviço, tenha se equivocado quanto ao que está ocorrendo, e em nenhum momento, apresenta impedimento. Em situações assim, o empreiteiro

possui total de direito de cobrar ao dono da obra o direito de custear todos os acréscimos realizados (CAVALIERI FILHO, 2009).

Deste modo, assim como o empreito não tem autonomia para modificar o planejamento da obra de modo deliberado, o dono também não pode efetuar quises alterações no projeto sem que seja feito em concordância com o seu autor.

Art. 621. Sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária.

Parágrafo único. A proibição deste artigo não abrange alterações de pouca monta, ressalvada sempre a unidade estética da obra projetada. (BRASIL, 2002).

Destarte, caso venham a ocorrer fatores supervenientes ou quaisquer outras situações de âmbito técnico que venham a tornar a execução do projeto original desnecessária ou onerosa, o dispositivo legal permite que sejam aplicadas as modificações, desde que estas sejam totalmente documentadas e descritas em documento redigido e assinado. Segundo o § único do artigo 621 do Código Civil, o dono da obra também pode fazer modificações na obra quando as alterações a serem realizadas não sejam significativas e preservem a unidade estética da obra elaborada (FIOREZE, 2014).

O empreiteiro não pode suspender a execução da obra sem que possua motivos pertinentes para isso, sob pena de responder por perdas e danos (art. 624 do Código Civil). Todavia, a suspensão está autorizada caso ocorram algumas das situações elencadas no rol contido no artigo 625 do Código Civil (FIOREZE, 2013)

Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra:

I - por culpa do dono, ou por motivo de força maior;

II - quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços;

III - se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço. (BRASIL, 2002).

Dentro dos seus direitos, o dono da obra poderá suspender a empreitada mesmo em situações onde a construção encontra-se em andamento, contudo ressarcirá ao empreiteiro todas os gastos e pagará também os lucros referentes aos serviços já desempenhados, e mais uma indenização terá de ser calculada com base no lucro previsto (FIOREZE, 2014).

Segundo Wald (2012, p. 184), a indenização é devida mesmo nos casos em que o empreiteiro tenha realizado apenas providências em razão da existência do contrato.

Caso o empreiteiro venha a não cumprir o prazo estipulado sem apresentar qualquer justificativa, seja atrasando o início dos trabalhos, ou por extrapolar o prazo exageradamente, o dono da obra poderá rescindir imediatamente o contrato. Da mesma forma, o inadimplemento por parte do dono da obra figura-se motivos suficientes para desencadear a rescisão do contrato por parte do empreiteiro (FIOREZE, 2014).

“Art. 626. Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro”. (BRASIL, 2002).

O artigo 626 do Código Civil Brasileiro estipula que não há possibilidade do contrato de empreitada ser extinto por conta da morte de qualquer uma das partes, possuindo exceção apenas para o contrato firmado dentro do “intuito persona”.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREITEIRO

4.1. ABRANGÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE

No instituto da Responsabilidade Civil, no que se refere aos contratos de empreitada, a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa.

O nível de responsabilidade por parte da empreiteira depende exclusivamente da modalidade hora empreitada. Esta uma vez sendo de labor, a responsabilidade adquirida pelo empreiteiro se restringe a administração bem como a condução dos trabalhos desenvolvidos e dos riscos aos quais não estiverem incorrido em culpa serão por conta do dono, como é previsto no texto do artigo 612 do Código Civil Brasileiro, como já mencionado anteriormente.

Apesar disso, caso a empreitada seja à modalidade global, a responsabilidade atribuída ao empreiteiro será maior, Incumbindo-se além de materiais, e do fornecimento da mão de obra, também a organização e supervisão da obra. Em casos assim, correm também por sua conta todos os perigos encontrados até o momento da entrega da obra (CAVALIERI FILHO, 2009).

O art. 611 do Código Civil possui apenas uma única exceção prevista, esta se refere ao fato do dono da obra encontrar-se em mora com o empreiteiro no momento da que for realizado a entrega, sendo que, em situações deste tipo específico, será invertido a responsabilidade pelos riscos.

Quanto ao prazo de responsabilidade do empreiteiro em situações onde os contratos de empreitada de edifícios ou até mesmo de outras construções, irá responder pelo período de cinco anos pela segurança e solidez do trabalho efetuado, tanto no que se refere ao solo, quanto aos materiais que foram aplicados na obra, como determina o Artigo 618 do Código Civil Brasileiro.

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação

contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito. (BRASIL, 2002).

Em casos deste modo, o dono da obra terá direito ao prazo de cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito, para vir a propor uma ação contra o empreiteiro, sob a pena de decair do direito (BRASIL, 2002).

4.2. DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Já vimos anteriormente questões relacionadas à responsabilidade Contratual do empreiteiro, no entanto o dono da obra também poderá responder de forma solidária pelos danos ocasionados em decorrência de terceiros, ou seja, a responsabilidade extracontratual (WALD, 2012).

O empreiteiro também possui a responsabilidade pelo pagamento da mão de obra utilizada, bem como por danos causados a terceiros em decorrência destes. Em relação a estas situações em específico, admite-se, todavia, a responsabilidade solidária ou subsidiária do dono da obra, quando houver de sua parte culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, ou seja, quando escolheu um empreiteiro sem idoneidade econômica ou sem habilitação técnica. (FIOREZE, 2014).

A responsabilidade do dono da obra perante terceiros decorre da previsão contida no artigo 937 do Código Civil [...] entende que também nesse caso trata-se de responsabilidade objetiva, seja em relação a terceiros ou ao consumidor, apesar da doutrina clássica entender que a natureza objetiva somente estaria configurada em casos de visível má conservação. (FIOREZE, 2014).

Venosa (2005, p.260) explora que a culpa *in vigilando* não é passível de aplicação ao dono da obra, em virtude de não se amoldar a esse tipo de relação contratual, uma vez que ele não possui conhecimento técnico suficiente .

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam,

provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança. (BRASIL, 2002).

Além de possuir a responsabilidade diante a terceiros envolvidos, o dono da obra responde também de maneira solidária por danos provocados, oriundos no direito de vizinhança, nos termos previstos no artigo 1277, Parágrafo Único do Código Civil.

4.3. INCIDENCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com base no Código de Defesa do Consumidor, o contrato de construção, para luz a questões jurídicas envolvidas no processo de contratação de empreiteiras, é "todo ajuste para execução de obra certa e determinada, sob direção e responsabilidade do construtor, pessoa física ou jurídica, legalmente habilitada a construir, mediante condições avençadas com o proprietário ou comitente" (MICHELETTI; FIGUEIREDO, 2016).

Desse modo, os diversos instrumentos jurídicos de proteção ao consumidor, previstos no Código de Defesa do Consumidor, esclarecem que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos ou serviços, dispondo que pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (SOUZA, 2011).

Nesta perspectiva, o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, trata diretamente do construtor, onde aponta que o contrato de incorporação tem lei própria, a lei 4.591/64, para os casos específicos, podendo incidir ainda o Código de Defesa do Consumidor caso a questão de destacar-se à justiça contratual, referente às prestações e o princípio da boa fé (SOUZA, 2011).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o crescimento do mercado imobiliário atual, ações visando à responsabilização dos empreiteiros, construtores e donos de obras cresceram proporcionalmente ao mercado da construção civil.

Após ser analisada a empreiteira perante a sua responsabilidade civil, é possível ressaltar que o principal intuito da existência do contrato no cenário da construção civil é unicamente seu resultado final. Tendo como principal obrigação do empreiteiro é executar a obra, tal como lhe foi encomendada, devendo garantir a solidez e o objeto ao qual foi contratada a obra (MICHELETTI; FIGUEIREDO, 2016; CAVALIERI FILHO, 2009; FIOREZE, 2013).

Nota-se ainda que as obrigações referente do contrato de empreitada pertençam tanto ao empreiteiro como o dono da obra, não atendido o objetivo pelo qual a obra foi contratada, devem os defeitos, aparentes ou ocultos, que podem causar a ruína total ou parcial, onde se caracteriza como uma violação do dever de segurança do construtor. Desta forma, podendo ocasionar direitos à indenização ou, em certos casos, rescisão total do contrato.

A responsabilidade civil do empreiteiro se apresenta objetiva e pode variar conforme a modalidade de contrato do empreiteiro. Neste sentido, a não execução da obra que atenda as normas sobre segurança e solidez deve ser investigado a sua responsabilidade, seja contratual ou extracontratual. Tendo como obrigação o fornecimento da mão de obra e de materiais, bem como a direção e supervisão da obra, assumindo todos os riscos até a entrega da obra (MICHELETTI; FIGUEIREDO, 2016; CAVALIERI FILHO, 2009; FIOREZE, 2013).

A empreiteira quando no momento em que a obra for entregue e o dono desta for efetuar o pagamento acordado, encontrando-se tudo em ordem e não tendo possibilidades de registrar alguma reclamação por aparente vício, ocorre à extinção do contrato.

Por fim, diante do crescimento imobiliário atual no País, surgirão demandas envolvendo a reponsabilidade entre as partes envolvidas nos contratos. Sendo a maioria das ações jurídicas envolvendo cobranças em relação ao contrato de empreitada, cabe aos órgãos competentes a análise apurada de cada caso específico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUQUE, Bruna Lyra. **A responsabilidade civil no contrato de empreitada**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7304>. Acesso em 15 de abril de 2017.

FIOREZE, Carla Cristina. **Contrato de construção por empreitada e a responsabilidade civil do empreiteiro**. Publicado em 2013. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/30946/contrato-de-construcao-por-empreitada-e-a-responsabilidade-civil-do-empreiteiro/2>. Acesso em 15 de abril de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 287-306.

JÚNIOR, Hamid Charaf B.. **Da Empreitada**. Revista dos Tribunais, vol. 8, p. 82, Abr., 2007.

_____. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 6, DTR, São Paulo, p. 135, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.430.

MICHELETTI, Antunes; FIGUEIREDO, Bruno. **Responsabilidade do empreiteiro**. Sociedade de Advogados, 2016. Disponível em <https://antunesavelar.com.br/artigos/253830865/responsabilidade-do-empreiteiro>. Acesso em 15 de abril de 2017.

NUNES, Olímpio. **Responsabilidade civil do empreiteiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/385474756656544446/-responsabilidade-civil-do-empreiteiro/2>>. Acesso em 15 de abril de 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Regis Fichtner (atual.).11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

_____. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.201-208.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 11^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOUZA, Anadélia Viana. **Responsabilidade civil do empreiteiro, construtor e incorporador**. Publicado em 2011. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6963. Acesso em 15 de abril de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2011.

VADE MECUM. 5. ed. atual. e ampl. até 26.03.2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 5 ed. v.3. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: contratos em espécie, vol. 3**. 19. ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TERRENO DE MARINHA E A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA DA TAXA DE OCUPAÇÃO

JOSÉ EDUARDO SILVÉRIO RAMOS:
Doutorando em Direito Tributário (PUC/SP), Advogado sócio Ramos - Araujo Advogados, Professor da Pós-Graduação de Direito Tributário da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/ES.

RESUMO: Os Terrenos de Marinha, imóveis da União, podem ser utilizados por particulares sob diversos regimes jurídicos. Analisar-se-á a Taxa de Ocupação devida pelo possuidor de imóvel sob o regime de ocupação, descrevendo sua natureza jurídica e a Regra-Matriz de Incidência da Taxa de Ocupação. Ao final será feito um estudo de caso, analisando num caso concreto a partir de quando é devida essa taxa, inclusive utilizando de precedente do Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a Taxa de Ocupação devida à União pelos ocupantes de terreno de marinha.

A natureza jurídica da taxa será objetivamente analisada, bem como será descrita a Regra-Matriz de Incidência da Taxa de Ocupação.

Ao final, será feito o estudo de um caso concreto valendo-se de precedente do Superior Tribunal de Justiça.

2 TERRENO DE MARINHA E O REGIME DE OCUPAÇÃO

A Lei nº 9.636/1988 dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, competindo a Secretaria do Patrimônio da União – SPU, executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União (art. 1º, Lei nº 9.636/1988).

Os imóveis da União são cadastrados e identificados junto ao SPU pelo Registro Imobiliário Patrimonial – RIP. Entre eles estão os denominados como terrenos de marinha (art. 2º do Decreto-Lei nº 9.760/1946). Nos termos do Decreto-lei, os imóveis podem ser utilizados sob os regimes de cessão de uso, regime de aforamento, regime enfiteútico e regime de ocupação.

Ao presente estudo interessa o regime de ocupação, através do qual o possuidor não detém direito sobre o imóvel, sendo apenas possuidor com condição precária autorizada pela União Federal (art. 7º, Lei nº 9.636/1988), através do SPU.

No regime de ocupação, os ocupantes de terrenos de marinha, ficam obrigados ao pagamento da Taxa de Ocupação (art. 127, Decreto-Lei nº 9.760/1946 e art. 7º, Lei nº 9.636/1988).

As receitas públicas podem ser classificadas em receitas originárias e receitas derivadas. A Taxa de Ocupação é receita pública originária, sendo uma receita de natureza patrimonial em virtude da utilização de um bem de propriedade da União por um terceiro. Não se trata de taxa de natureza tributária, não se aplicando as normas constitucionais e legais que regulam as taxas tributárias, espécie do gênero tributo, receitas derivadas.

3 A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA DA TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENO DE MARINHA

A Taxa de Ocupação de terreno de marinha é obrigação instituída por lei. Dos textos legais resulta a norma que prevê a hipótese legal que obriga o sujeito passivo ao pagamento da taxa.

A norma descreve os critérios do fato gerador abstrato, suficientes para a identificação do fato gerador concreto, que resultará na obrigação do pagamento da Taxa de Ocupação quando o sujeito passivo realizar o fato que subsuma aos critérios da hipótese legal.

A Lei nº 9.636/1998 enuncia que a hipótese legal é o “efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante”, como se depreende de seu art. 7º:

Art. 7º A inscrição de ocupação, a cargo da Secretaria do Patrimônio da União, é ato administrativo precário, resolúvel a qualquer tempo, que pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante, nos termos do regulamento, outorgada pela administração depois de analisada a conveniência e oportunidade, e gera obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação

Apesar da Taxa de Ocupação não ter natureza tributária, a teoria da Regra-Matriz de Incidência Tributária, concebida pelo professor Paulo de Barros Carvalho, é útil para a descrição de sua hipótese legal, podendo se falar em Regra-Matriz de Incidência da Taxa de Ocupação.

Fato gerador é expressão utilizada pelo legislador e pela doutrina para designar dois institutos jurídicos distintos: o fato gerador in abstrato (hipótese legal) e o fato gerador in concreto (fato jurídico). O professor Paulo de Barros Carvalho adotou os termos “hipótese tributária” e “fato jurídico tributário”, designando, respectivamente, a hipótese legal e o fato jurídico,^[1] designando a norma jurídica tributária de regra-matriz de incidência tributária. ^[2]

A regra-matriz de incidência (hipótese legal ou fato gerador abstrato) descreve os critérios para a identificação do fato jurídico (fato gerador concreto), ocorrendo a subsunção entre a hipótese legal e o fato nela descrito quando o conceito do fato (fato jurídico) guardar absoluta identidade com o conceito desenhado abstratamente na hipótese (hipótese legal).^[3] Para que ocorra a incidência da norma o fato praticado deve preencher todos os critérios previstos na regra-matriz de incidência.

O antecedente da hipótese das normas jurídicas representa sempre a descrição de um fato — é o descritor. No descritor, na regra-matriz de incidência, estão descritos três critérios identificadores do fato jurídico tributário: a) critério material; b) critério espacial; c) critério temporal.^[4]

O conseqüente da norma é a parte do juízo hipotético que estipula a regulação da conduta, prescreve os direitos e obrigações para as pessoas envolvidas, de alguma forma, como o fato jurídico - é o prescritor. Nele encontram-se os critérios para identificar os sujeitos envolvidos na relação jurídica e o comportamento a ser observado por cada um. Noutras palavras,

prescreve a conduta a ser praticada pelos sujeitos da relação jurídica. Os critérios são dois: critério pessoal, que identifica os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica, e critério quantitativo, que, na norma jurídica tributária, bem como na norma que instituiu a Taxa de Ocupação sem natureza tributária, é composto pela base de cálculo e pela alíquota, em que se encontram as grandezas utilizadas no dimensionamento do fato jurídico para apuração da quantia que será paga a título de Taxa de Ocupação.^[5]

Para a incidência da Regra-Matriz de Incidência da Taxa de Ocupação, ou da hipótese legal da Taxa de Ocupação, é necessária a ocorrência de todos os critérios; somente assim, poderá o sujeito passivo constituir o crédito e exigir do sujeito passivo o pagamento.

A Lei nº 9.636/1998 enuncia que “a inscrição de ocupação, a cargo da Secretaria do Patrimônio da União, é ato administrativo precário, resolúvel a qualquer tempo, que pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante, nos termos do regulamento, outorgada pela administração depois de analisada a conveniência e oportunidade, e gera obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação” (Art. 7º). Nesse dispositivo encontram-se dois dos critérios da regra-matriz de incidência da Taxa de Ocupação: (i) critério material: o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante; (ii) critério temporal: a inscrição do nome do ocupante do imóvel no cadastro da SPU.

A inscrição da ocupação perante a SPU é ato administrativo precário que pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante. Há que se distinguir a efetiva posse do imóvel (critério material), do ato administrativo de inscrição do imóvel no SPU (critério temporal), que pressupõe a posse.

O critério quantitativo está descrito no art. 1º, I e II, Decreto-Lei 2.398/1987, que enuncia que os terrenos aforados pela União ficam sujeitos a alíquota de 2% do valor do domínio pleno do terreno.

Em síntese, a Regra-Matriz de Incidência da Taxa de Ocupação descreve no antecedente: a) critério material: o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante; b) critério espacial: terreno de marinha; c) critério

temporal: a inscrição do nome do ocupante do imóvel no cadastro da SPU. E no conseqüente: d) critério pessoal: sujeito ativo a União Federal e sujeito passivo o ocupante do imóvel; e) critério quantitativo: base de cálculo o valor do domínio pleno do terreno e alíquota de 2%.

4 ANÁLISE DE CASO CONCRETO DE OCUPAÇÃO DE TERRENO DE MARINHA E A INCIDÊNCIA DA TAXA DE OCUPAÇÃO

Uma empresa comprou diversas propriedades num município do litoral capixaba, com o objetivo de implantar uma base de apoio logístico offshore, mediante Escrituras Públicas de Compra e Venda.

Após a compra dos imóveis, passou a exercer a posse e requereu, no dia 09/01/2014, a Inscrição de Ocupação da área junto ao SPU. A Coordenação de Caracterização do Patrimônio emitiu o Parecer Técnico favorável a ocupação da área em 30/06/2014, tendo o Superintendente Estadual do SPU/ES autorizado a inscrição da ocupação do imóvel dominial da União, terreno de marinha, em nome da empresa, nos seguintes termos:

De acordo com os elementos constantes dos presentes autos, em especial o Parecer Técnico acima, dessa Coordenação de Caracterização do Patrimônio, e em conformidade com o disposto no art. 7º, parágrafo 3º da Lei 9.636/98, tendo sido comprovados o efetivo aproveitamento e a cadeia sucessória anterior a 27/04/2006, nos termos da regulamentação da Portaria 07, de 31/01/2001, AUTORIZO as providências da inscrição de ocupação do imóvel dominial da União (...)

O cadastro da ocupação do imóvel de marinha em nome da empresa ocorreu em 30/06/2014. Efetuada a inscrição em 30/06/2014 o SPU fez o lançamento da Taxa de Ocupação retroativamente ao ano de 2009 e incluindo o ano de 2014, resultando na cobrança da taxa referente aos exercícios 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

Como a empresa exercia a posse da área desde 15/12/2012 efetuou o pagamento da Taxa de Ocupação relativa ao exercício de 2012 e seguintes. Em relação aos débitos de 2009, 2010 e 2011 protocolou requerimento administrativo de cancelamento da taxa, tendo seu pleito indeferido pelo SPU, com a seguinte fundamentação:

“Reportando-me ao seu requerimento, datado de 25/02/2016, solicitando o cancelamento da taxa de ocupação aos exercícios de 2009 a 2011, informo que ao concluir a inscrição do imóvel, o sistema lança para cobrança os cinco janos anteriores ao conhecimento pela SPU. Desta forma, as cobranças estão corretas, conforme Legislação Patrimonial em vigor, § 1º, artigo 47 da Lei nº 9.636 de 15 de maio de 1998.”

Na sequência, a empresa recebeu a Notificação de Débitos referente a cobrança da Taxa de Ocupação dos anos 2009, 2010 e 2011 e de inscrição de tais débitos em Dívida Ativa da União.

Como o débito inscrito em dívida ativa ainda não estava ajuizado, a empresa optou por ajuizar Ação Anulatória de Débito c/c Repetição de Indébito, pleiteando o cancelamento dos débitos e a restituição das taxas de 2012 a 2014 indevidamente pagas.

Como descrito no capítulo anterior, a taxa somente será devida após a o cadastro do imóvel em nome do ocupante no SPU (critério temporal da regra-matriz de incidência), que pressupõe a efetiva posse do imóvel (critério material).

A [Lei nº 9.636/1998, utilizada pelo SPU com fundamento do ato administrativo, dispõe em seu art. 47](#) sobre a constituição do crédito.^[6] É imprescindível distinguir o momento em que se verifica a ocorrência de todos os critérios da regra-matriz de incidência, quando ocorre o fato gerador concreto e disso decorre a obrigação de pagar a taxa, do ato administrativo de lançamento, que é o procedimento administrativo tendente a constituir o crédito da União, identificando o sujeito passivo e quantificando o valor devido.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento sobre o tema no julgamento do Recurso Especial nº 1145801/SC:

DIREITO ADMINISTRATIVO – TERRENO DE MARINHA – TAXA DE OCUPAÇÃO – REGIME DE DIREITO ADMINISTRATIVO – OBRIGAÇÃO PESSOAL – TRANSFERÊNCIA DE OCUPAÇÃO – VIOLAÇÃO DO ART. 24

DO DECRETO-LEI N. 3.438/41 – NECESSIDADE DE SOLICITAÇÃO PRÉVIA.

1. Os terrenos de marinha são bens dominicais da União, os quais, no passado, desde o tempo da realeza, destinavam-se à defesa do território nacional ao permitir a livre movimentação de tropas militares pela costa marítima.

2. Permite-se a ocupação dos terrenos de marinha por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação.

3. A taxa de ocupação é o preço pago à Fazenda Pública pela utilização de bem que lhe pertence. Não possui natureza tributária (Lei n. 4.320/1964, art. 39, § 2º). Situa-se, eminentemente, no Direito Público.

4. Apesar de intimamente ligada à realidade da coisa, a taxa de ocupação decorre de uma obrigação pessoal oriunda de relação jurídica entre o ocupante e a Administração Pública.

5. Merece reforma a decisão do Tribunal a quo, ao entender que a redação do art. 128, § único do Decreto-Lei n. 9.760/46 (em vigor à época), tornou o adquirente o único responsável pelo pagamento da taxa, independente do respectivo registro.

6. A exegese dada pelo Tribunal de origem, a par de integrar a lei, não se coaduna com a natureza do instituto da ocupação, haja vista que é obrigação pessoal, que não se transfere jungida a coisa; e, é de caráter público, devendo ser interpretada de forma a não limitar a soberania da União na gestão das coisas que lhe pertencem, em nome do próprio interesse público subjacente.

7. Dispõe o art. 24 do Decreto-Lei n. 3.438/41, verbis: "Os pedidos de licença para transferência de aforamento ou ocupação, dirigidos ao chefe do Serviço Regional do Domínio da União deverão mencionar expressamente o nome do adquirente e o preço ajustado da transação."

8. Restaura-se o entendimento do juízo primevo, ao sentenciar que era obrigação do autor comunicar à Secretaria de Patrimônio da União - SPU a

transferência da ocupação do imóvel a terceiro, de forma a possibilitar ao ente público fazer as devidas anotações.

Recurso especial provido.

(REsp 1145801/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 19/08/2010)

Consta no voto do Relator Min. Humberto Martins:

Os terrenos de marinha são bens dominicais da União, os quais, no passado, desde o tempo da realeza, destinavam-se à defesa do território nacional ao permitir a livre movimentação de tropas militares pela costa marítima.

Ao contrário das praias, de uso comum, permite-se a ocupação dos terrenos de marinha por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação.

(...)

A taxa de ocupação é o preço pago à Fazenda Pública pela utilização de bem que lhe pertence. Não possui natureza tributária (Lei n. 4.320/1964, art. 39, § 2º). Situa-se, eminentemente, no Direito Público.

(...)

No caso dos autos, a controvérsia gira em torno da presunção de legitimidade que possuiria a Administração Pública para cobrar taxa de ocupação de pessoa constante em seus registros, independente de a pessoa registrada ter deixado de ocupar o imóvel – em razão de negócio jurídico com terceiro adquirente que não comunicou o órgão local da Secretaria de Patrimônio da União - SPU.

É imprescindível fazer a delimitação, para o deslinde dessa questão jurídica, da natureza jurídica da taxa de ocupação; uma vez que intimamente ligada a realidade da coisa, decorre de uma obrigação pessoal oriunda da relação jurídica entre o ocupante e a Administração Pública.

A obrigação de pagar a taxa nasce com a inscrição do terreno de marinha na Secretaria do Patrimônio da União (SPU), órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, responsável por seu registro, conforme disposto no art. 7º da Lei n. 9.636/98:

"Art. 7º A inscrição de ocupação, a cargo da Secretaria do Patrimônio da União, é ato administrativo precário, resolúvel a qualquer tempo, que pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante, nos termos do regulamento, outorgada pela administração depois de analisada a conveniência e oportunidade, e gera obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação."

A inscrição do terreno pela Administração Pública é o momento em que se define quem efetivamente aproveita o imóvel, e que se tornará obrigado ao pagamento da taxa de ocupação.

A partir desse ato, não são oponíveis contra a Administração Pública o não aproveitamento, nem negócio jurídico, nem sequer a desocupação, senão pelo estreito caminho que leva à administração a ciência da situação real do bem cujo poder-dever de administrar lhe compete.

A extinção da obrigação pessoal, dessa maneira, não pode advir do simples abandono da coisa, tampouco de negócio jurídico com terceiro, uma vez que não é obrigação propter rem - ou seja, não acompanha a coisa. (...)

Para o STJ a efetiva posse é o fato gerador da taxa (o critério material) e a inscrição do terreno pelo SPU é o momento que define quem efetivamente aproveita o imóvel (critério temporal). Somente a partir do ato administrativo que autoriza a utilização será devida a taxa.

No presente caso a ocupação do imóvel em nome da empresa ocorreu em 30/06/2014. A partir dessa data surge a obrigação de pagar a Taxa de Ocupação, possuindo a União o prazo decadencial de dez anos para constituir seu crédito mediante lançamento (art. 47, I, da Lei nº 9.636/1998). E o prazo decadencial "conta-se do instante em que o respectivo crédito poderia ser constituído" (§ 1º, do art. 47 da Lei nº 9.636/1998).

Se somente a partir do ato de inscrição do imóvel surge a obrigação de pagar a taxa, não poderia a autoridade administrativa efetuar lançamento de “crédito” inexistente, retroagindo no tempo em momento anterior à possibilidade de sua constituição.

Somente para os fatos geradores ocorridos a partir de 30/06/2014 poderia a União constituir o crédito mediante lançamento, dentro do prazo decadencial de dez anos (art. 47, I da Lei nº 9.636/1998). Realizado o lançamento, a partir dele, terá ainda o prazo de cinco anos para a cobrança do crédito constituído (art. 47, II da Lei nº 9.636/1998).

Aplicando o precedente do STJ citado, o juízo de primeiro grau proferiu sentença de mérito na Ação Anulatória de Débito c/c Repetição de Indébito, julgando procedentes os pedidos autorais:

Tendo em vista o exposto, JULGO:

PROCEDENTE O PEDIDO o pedido de desconstituição dos débitos de taxa de ocupação do RIP 5655.0100018-27, referentes aos fatos geradores de 2009, 2010 e 2011, inscritos em dívida ativa nº 72 6 16 008286-06, nos termos do art. 487, III, a do CPC;

PROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do art. 487, I, do CPC, para, reconhecendo a ausência de obrigação da autora ao pagamento da taxa de ocupação no período anterior à 30/06/2014, quando se deu a inscrição do imóvel em seu nome junto à SPU, condenar a ré à repetição da taxa relativa aos exercícios de 2012, 2013 e 2014, até aquela data, corrigida pela Selic desde o pagamento até a efetiva restituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Terrenos de Marinha, imóveis da União, podem ser utilizados por particulares sob o regime de ocupação, aonde o possuidor não detém direito sobre o imóvel, sendo apenas possuidor com condição precária autorizada pela União Federal através do SPU (art. 7º, Lei nº 9.636/1988).

No regime de ocupação, os ocupantes de terrenos de marinha, ficam obrigados ao pagamento da Taxa de Ocupação (art. 127, Decreto-Lei nº 9.760/1946 e art. 7º, Lei nº 9.636/1988).

A Taxa de Ocupação não tem natureza jurídica de receita pública originária, sendo uma receita de natureza patrimonial em virtude da utilização de um bem de propriedade da União por um terceiro. Não se trata de taxa de natureza tributária (receita derivada), não se aplicando as normas constitucionais e legais que regulam as taxas tributárias, espécie do gênero tributo.

A Regra-Matriz de Incidência da Taxa de Ocupação, em síntese, descreve no antecedente: a) critério material: o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante; b) critério espacial: terreno de marinha; c) critério temporal: a inscrição do nome do ocupante do imóvel no cadastro da SPU. E no consequente: d) critério pessoal: sujeito ativo a União Federal e sujeito passivo o ocupante do imóvel; e) critério quantitativo: base de cálculo o valor do domínio pleno do terreno e alíquota de 2%.

A Taxa de Ocupação pressupõe a efetiva ocupação do imóvel e somente será devida pelo ocupante a partir do cadastro do imóvel em seu nome no SPU – Serviço de Patrimônio da União.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em www.stj.jus.br

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOTAS:

[1] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 172-173.

[2] CARVALHO, *ibidem*, p. 174.

[3] CARVALHO, *ibidem*.

[4] CARVALHO, *ibidem*, p. 176, 178-179.

[5] CARVALHO, *ibidem*, p. 199-200.

[6] Lei nº 9.636/1998: Art. 47. O crédito originado de receita patrimonial será submetido aos seguintes prazos: I - decadencial de dez anos para sua constituição, mediante lançamento; e II - prescricional de cinco anos para sua exigência, contados do lançamento. § 1º O prazo de decadência de que trata o caput conta-se do instante em que o respectivo crédito poderia ser constituído, a partir do conhecimento por iniciativa da União ou por solicitação do interessado das circunstâncias e fatos que caracterizam a hipótese de incidência da receita patrimonial, ficando limitada a cinco anos a cobrança de créditos relativos a período anterior ao conhecimento. § 2º Os débitos cujos créditos foram alcançados pela prescrição serão considerados apenas para o efeito da caracterização da ocorrência de caducidade de que trata o parágrafo único do [art. 101 do Decreto-Lei no 9.760, de 1946](#), com a redação dada pelo art. 32 desta Lei.

PERCEPÇÃO AMBIENTAL, PAISAGEM ESPORTIVA E MEIO CULTURAL: A IMPORTÂNCIA DA RECUPERAÇÃO ECOLÓGICA DAS ÁREAS URBANAS DO CONJUNTO MODERNO DA PAMPULHA, PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE, BELO HORIZONTE - MG

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Educador-mobilizador, formado em Magistério pela Rede Pública Estadual de Educação de Minas Gerais (1997), técnico em guia de turismo regional/nacional com formação profissionalizante pelo SENAC-MG (2014) e bacharel/licenciado em Geografia e Análise Ambiental pelo UNIBH (2007).

RESUMO: Muitos teóricos afirmam que os mineiros apresentem ampla identidade e sintonia com as praias, pelo fato do estado localizar-se distante do litoral brasileiro. Assim, a construção de uma represa como a da Pampulha veio satisfazer esta carência se consolidando na paisagem cultural urbana da Grande BH. Na capital mineira, a história de uma lagoa marca o nascimento de um lugar e a morte de outro. O represamento de um curso d'água causa muitos impactos sobre ecossistemas e comunidades humanas. Portanto, as paisagens rurais coloniais da Pampulha Velha deram lugar às paisagens urbanas modernas da Pampulha Nova. A área onde hoje se encontra a Estação Pampulha é uma paisagem remanescente dessa antiga região rural condenada à inexistência. A Lagoa da Pampulha Nova, na capital de Minas Gerais surgiu no coração do ribeirão homônimo, entre a Fazenda de Bento Pires e o antigo arraial de Santo Antônio da Pampulha Velha. Em tempos atuais, o sistema de BRT trouxe novas perspectivas à localidade declara pela UNESCO como Patrimônio Cultural da Humanidade. Destaca-se que a estação através de um mirante construído na mesma pode-se plenamente formatar enquanto futuro espaço de educação e percepção ambiental das paisagens culturais urbanas adjacentes. Em um refinamento bibliográfico, constatou-se que ambientalmente, a situação atual da Pampulha é bem diferente dos tempos pretéritos de balneabilidade, contemplação e entretenimento. A recuperação da represa e sua legitimização enquanto paisagem cultural cidadina é hoje um dos desafios da gestão pública e de toda uma coletividade. Mas novos cenários são vislumbrados, tendo como referência local, o campus da UFMG e o Parque Francisco Lins Rego, locais onde a recuperação foi tecnicamente possível. Assim o presente trabalho apresenta a paisagem cultural urbana no âmbito das discussões sobre esporte, meio ambiente e turismo, defendendo a importância da recuperação das áreas ecológicas do Conjunto Moderno da Pampulha. O texto a partir de referencial bibliográfico se estrutura em introdução, definição do tema de pesquisa e apresentação do recorte espacial, justificativas, considerações finais, e referências bibliográficas.

PALAVRAS CHAVE: Recuperação Ambiental, Práticas Esportivas, Paisagem Cultural, Meio Ambiente, Equipamentos Urbanos.

ABSTRACT: Many theorists affirm that the miners present ample identity and harmony with the beaches, because the state is located far from the Brazilian coast. Thus, the construction of a dam such as that of Pampulha came to satisfy this need consolidating itself in the urban cultural landscape of the Great BH. In the capital of Minas Gerais, the history of a lagoon marks the birth of one place and the death of another. Damming a watercourse causes many impacts on human ecosystems and communities. Therefore, the colonial rural landscapes of Pampulha Velha gave way to the modern urban landscapes of Pampulha Nova. The area where today is the Pampulha Station is a landscape reminiscent of that old rural region condemned to non-existence. The Pampulha Nova Lagoon, in the capital of Minas Gerais, was born in the heart of the homonymous stream, between the Bento Pires Farm and the old Santo Antônio da Pampulha Velha. In current times, the BRT system has brought new perspectives to the locality declared by UNESCO as Cultural Patrimony of Humanity. It is noteworthy that the station through a belvedere built in it can be fully formatted as future space of education and environmental perception of adjacent urban cultural landscapes. In a bibliographic refinement, it was found that environmentally, the current situation of Pampulha is very different from the past times of bathing, contemplation and entertainment. The recovery of the dam and its legitimization as a cultural city landscape is today one of the challenges of public management and of a whole community. But new scenarios are glimpsed, with local reference, the campus of UFMG and the Park Francisco Lins Rego, places where the recovery was technically possible. Thus the present work presents the urban cultural landscape in the scope of the discussions on sport, environment and tourism, defending the importance of the recovery of the ecological areas of the Modern Set of Pampulha. The text based on bibliographic references is structured in an introduction, definition of the theme of research and presentation of the spatial clipping, justifications, final considerations, and bibliographical references.

KEY WORDS: Environmental Recovery, Sports Practices, Cultural Landscape, Environment, Urban Equipment.

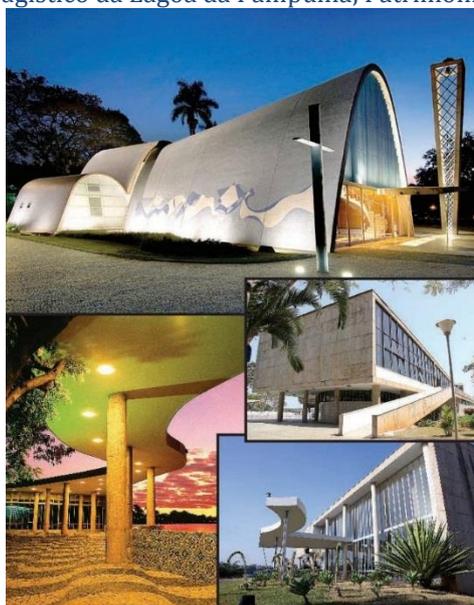
SUMÁRIO – INTRODUÇÃO; 1. BACIA DO RIBEIRÃO PAMPULHA: impactos ambientais de âmbito metropolitano; **2. PRIMÓRDIOS DA RECUPERAÇÃO AMBIENTAL:** a reabilitação da Fazenda Dalva e o Campus UFMG; **3. O PARQUE FRANCISCO LINS REGO:** exemplo de que a recuperação é possível; **CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

INTRODUÇÃO

A Pampulha (figura 01) muito além de uma paisagem cultural conectada à arquitetura moderna é uma paisagem esportiva. Dos esportes náuticos do passado ao futebol dos tempos recentes, passando pelo atletismo, caminhada, ciclismo e demais atividades físicas em clubes e espaços abertos e arborizados. Trata-se de uma região administrativa localizada a noroeste da capital mineira, cuja história liga-se diretamente ao contexto cultural belo-horizontino. Espaço de

tecnologia e sustentabilidade e berço da modernidade mineira, nela localizam-se o estádio Mineirão e o ginásio Mineirinho e diversos clubes, além de uma lagoa artificial, principal atração turística da cidade. Atualmente, concentram várias opções de lazer, pistas para ciclismo e caminhada. É também uma área arborizada e com expressivos índices de qualidade de vida. Reconhecida internacionalmente pela disputa esportiva “Volta da Pampulha”, a regional sedia a Fundação Zoobotânica, o Parque Francisco Lins do Rego e o Aeroporto Carlos Drummond de Andrade.

Figura 01 – Conjunto Paisagístico da Lagoa da Pampulha, Patrimônio Cultural da Humanidade



Fonte:

<http://noticias.band.uol.com.br/cidades/minasgerais/noticias/100000807054/pampulha-fica-ainda-mais-perto-de-titulo-da-unesco.html>

O conjunto da orla da Pampulha marca o início da obra de Oscar Niemeyer, e seu encontro com o então prefeito JK, idealizador do conjunto urbanístico da lagoa. Para compor o seu entorno, Niemeyer projetou nos anos de 1940, a Igrejinha, o Cassino, a Casa do Baile e o Iate Clube que referenciaram e influenciaram todo o Modernismo Brasileiro. O recente reconhecimento como Patrimônio Cultural da Humanidade completa e valoriza o projeto arquitetônico originalmente concebido. A represa com toda a sua concepção moderna e arrojada marca o início da Pampulha Nova, rompendo com Santo Antônio da Pampulha Velha, cujos remanescentes rurais foram condenados à inexistência. A Pampulha Velha, hoje uma longínqua lembrança do passado, fora fundada pelo casal de portugueses, Manoel dos Reis e de Ana Moraes dos Reis, em 1904, e a vida transcorria sem pressa, marcada pelo ritmo da natureza e da agropecuária. O Museu Virtual da Pampulha (2017, on line) destaca que:

Conta-se que no lado direito da atual Avenida Antônio Carlos estava localizado o Arraial de Santo Antônio da Pampulha Velha, povoado por escravos, em fins do século XVIII. Na última década do século XIX a região era formada por fazendas, situadas no entorno do Ribeirão Pampulha, responsáveis pelo abastecimento de produtos hortifrutigranjeiros para a cidade escolhida para se tornar a nova capital do estado de Minas Gerais. Nessas fazendas havia a criação de gado, produção de leite, plantio de milho, batatas, feijão, mandioca e hortaliças. As mais bem equipadas contavam com engenhos de cana-de-açúcar e com moinhos d'água, utilizados na produção de farinha. Dentre os ofícios, aos quais, à população se dedicava estavam a carpintaria, tecelagem, selaria e fiação. Atividades que favoreciam o contato com municípios próximos, como Contagem e Santa Luzia. Foi por volta de 1904 que o casal português: Manoel dos Reis e de Ana Moraes dos Reis compraram as terras que deram origem à Fazenda da Pampulha. A religiosidade de Ana Moraes, conhecida como “sadona da Pampulha”, teve forte influência no desenvolvimento de um perfil religioso para a região. Na década de 1930, Ana e seu esposo foram responsáveis pela construção da Capela de Santo Antônio de Pádua, onde eram celebradas as festas de São João e Santo Antônio. A fazenda da Pampulha serviu de sede para a realização de festas religiosas, assim como ponto de partida de procissões.

A construção da primeira parte das obras que compõem a barragem começou-se em 1936 e concluiu-se em 1938 medindo 11,50 m de altura (SILVA, 2012). Iniciou-se sua segunda etapa em 1940 e terminou-se em 1943 com a formação da represa inaugurada juntamente com seu acervo cultural (SILVA, 2012). Esse conjunto moderno, enquanto paisagem cultural, por sua vez, enquadra-se na primeira das três subcategorias delineadas por Feres (2017, p. 05):

Paisagem claramente definida, projetada e criada intencionalmente pelo homem. É a mais fácil de ser identificada, inclui os jardins e parques construídos por razões estéticas que geralmente (mas não sempre) estão associados com edifícios monumentais religiosos ou outros conjuntos.

Paisagem organicamente desenvolvida. Resultante de um processo social, econômico, administrativo e/ou religioso que implicou em sua forma presente por associação e em resposta ao seu meio natural. Ela apresenta duas subcategorias:

paisagem relíquia (ou fóssil) – na qual o processo de evolução se esgotou em algum momento do passado, de forma abrupta ou por um período. Mas as características significativas que a distinguem ainda permanecem visíveis em sua forma material.

paisagem com continuidade é aquela que ainda retém um papel social ativo na sociedade contemporânea, está associada com modo de vida tradicional, e na qual o processo de evolução está em progresso. Ao mesmo tempo, ela expressa evidências materiais significativas de sua evolução ao longo do tempo.

Paisagem cultural associativa. Apresenta fortes vínculos religiosos, artísticos ou culturais associados ao elemento natural ao invés da evidência material cultural, que pode ser insignificante ou até ausente.

A lagoa se rompeu em abril de 1954 (Figura 02), provocando consequências em construções e instalações próximas aos Ribeirões Pampulha e Onça, desde a jusante até a foz no Rio das Velhas. Silva (2012) aponta as seguintes razões para a causa deste desastre: a comporta se emperrava no vertedouro, não permitindo aliviar a pressão da água e a erosão interna dos caminhos de percolação hídrica causaram alterações no corpo da barragem próximo ao topo. Através de um convênio entre a Prefeitura de Belo Horizonte e o DNOS - Departamento Nacional de Obras de Saneamento, a mesma foi reconstruída e reinaugurada em 1958. A nova barragem foi projetada com os melhores recursos tecnológicos disponíveis na época:

- aumentaram-se as dimensões na base, largura e topo objetivando proporcionar mais estabilidade e segurança.
- construiu-se um vertedouro na forma de tulipa, promovendo normalidade no escoamento.
- conteve-se e desviou-se o percolamento das águas através de vasos capilares.
- fizeram-se compactações controladas de solo por laboratórios escolhidos criteriosamente.
- filtros de areia foram colocados no interior da represa, visando melhor escoamento.
- O topo da barragem foi replanejado como vertedouro auxiliar e emergencial na possibilidade de transbordamentos.

Figura 02 – Rompimento da Barragem da Pampulha



Fonte:

http://www.otempo.com.br/polopoly_fs/1.647064.1368735718!image/image.JPG_gen/derivatives/main-single-horizontal-img-article-fit_620/image.JPG

Inicialmente pensada para fins de abastecimento de águas e controle de cheias, foi posteriormente empreendida e viabilizada enquanto balneário. Sua balneabilidade foi gestada e idealizada por governo de JK para ser uma atração cultural turística e de lazer, de caráter ímpar. Parte norte do lago foi definida em entre 1964 e 1979 como reduto de preservação ambiental¹ para conservação de várias espécies tanto da fauna como da flora. Maciel (et. al, 2016, p. 07) confirmam que:

Uma das grandes propostas de Radamés² junto ao Interplanus, elaborada em 1964 para a SUDECAP (Superintendência de Desenvolvimento da

¹ O cartão postal mais conhecido da grande BH, o conjunto arquitetônico da Lagoa da Pampulha contemplava o sonho realmente idealizado por Juscelino Kubitschek, um belo espelho d'água. Para se manter um espelho d'água, toda uma dinâmica de preservação ecológica deve ser empreendida. O Parque Estadual da Pampulha ou Parque Urbano da Pampulha Norte (PLAMBEL, 1979) finalmente promoveria a conservação do meio ambiente com os ecossistemas terrestres e aquáticos da Lagoa se transformando num abrigo de várias espécies da fauna e da flora interagindo. Toda essa região ambiental produziria bem estar e qualidade de vida para aqueles que residiam e frequentavam os ecossistemas urbanos adjacentes. A área foi integralmente parcelada nas décadas de 1980 e 1990, sendo hoje ocupada pelo bairro Trevo.

² Radamés Teixeira da Silva “iniciou suas atividades profissionais nos anos 1950. Sua formação se deu à luz do modernismo, tendo como referência às ideias e projetos de Le Corbusier, Ebenezer Howard, Lewis Mumford, dentre outros. Ainda na universidade, teve contato com grandes planos urbanos, como o The Greater

Capital), foi a Operação Peruca Verde. Todos os mananciais da Lagoa da Pampulha seriam tratados como parques e espaços públicos, que poderiam ser apropriados pela população e evitariam futuramente que a lagoa se tornasse, em suas palavras, “um imenso esgoto a céu aberto”. Em 1985, Radamés voltaria a abordar a questão da Pampulha na Revista Mineira do Saneamento Básico. Na ocasião, falou sobre o estado de degradação da Pampulha, já previsto por ele 20 anos antes, sobre as responsabilidades da população e do Estado nessa situação e possíveis soluções para salvar a lagoa. Nos seus planos, o professor sugeria o controle do crescimento demográfico que se dava no vale da Pampulha à época e a implantação de uma rede interceptora composta de dois emissários. O primeiro, Marginal Norte, lançaria as águas pluviais à jusante da barragem, ficando os córregos Olhos d’Água e os demais à montante destinados à alimentação da lagoa. O ramo Marginal Sul também iria até a jusante da barragem, sendo o córrego Sarandi, afluente do córrego da Ressaca e os demais situados na margem sul da lagoa, à montante, também destinados a sustentar a lagoa com água limpa (O Diário, 19713).

1. BACIA DO RIBEIRÃO PAMPULHA: impactos ambientais de âmbito metropolitano

A Bacia do Ribeirão Pampulha é componente da alta vertente do Ribeirão Onça, tributário da margem esquerda do Rio das Velhas que por sua vez deságua no Rio São Francisco. Suas nascentes encontram-se no Parque Engenheiro Waldyr Soeiro Emrich, altura do CINCO – Centro Industrial de Contagem, município componente da Grande BH. Em Contagem, o Ribeirão alterna os nomes de Cabral e Sarandi, e no encontro com o Ribeirão Ressaca muda seu hidrônimo para Pampulha, seguindo até o encontro com o córrego da Cachoeirinha quando recebe finalmente o nome de Ribeirão Onça. Infelizmente, nas últimas décadas, a represa vem sofrendo grande impacto ambiental na paisagem local, com toda condição de poluição, tanto de esgoto como de resíduos sólidos. O que era para ser um espelho d’água atrativo ao meio urbano tornou-se um grande lago de efluentes a céu aberto, contaminada com resquícios industriais, lançamento

London Plan, elaborado em meados dos anos 1940, o que veio a despertar seu gosto pelo planejamento urbano”.

3 O DIÁRIO. **Operação peruca verde**: solução para o problema da poluição da Pampulha. Belo Horizonte: 22 abr. 1971.

clandestino de esgotos, o que a inviabilizou para todo tipo de uso. Para Maciel (et. al., 2016, p. 08-09)

Outra medida para corrigir o crescente agravamento da poluição das águas naquele período foi a implantação de emissários de esgoto em ambas as margens, a fim de inibir o lançamento de esgoto no lago. Para conservá-los ao longo dos anos, o projeto previa a desapropriação de toda a área situada entre os córregos Sarandi e Olhos D'água, com exceção do bairro Imaculada Conceição⁴, já urbanizado naquele momento, desde as margens da lagoa até o divisor de águas dessa bacia no limite do município (Figura 4). Devido ao elevado ritmo de urbanização, já na década de 1960, nas cabeceiras dos córregos Sarandi e Água Funda, em Contagem, seriam necessárias as desapropriações também nesse município. A área indicada para ser desapropriada abrangia aproximadamente 200 hectares e poderia ser reflorestada por iniciativa da prefeitura municipal ou por particulares, sob regime de comodato, com aplicação de incentivos fiscais. O plano previa a criação de um parque⁵ com atividades lucrativas capazes de possibilitar o arrendamento no todo ou em parte por empresas particulares, como já havia sido feito no Parque Ibirapuera em São Paulo. Para o reflorestamento seriam utilizadas espécies ornamentais de distintas épocas de floração, criando grandes manchas coloridas nos morros, desde a meia encosta até o topo. A intenção do Interplanus era plantar, vários grupos vegetacionais para manter a área sempre florida nos diversos períodos do ano. Assim, em março floresceriam centenas de Paineiras cujas florações perdurariam até abril. Em agosto seriam as centenas de Quaresmeiras de tonalidade lilás que se juntariam em setembro, naquele mesmo morro, com Ipês amarelos floridos. Em outro morro, centenas de Sapucaias, com suas folhas róseas no mês de outubro, juntamente com os Mulungus em tom vermelho aveludado, desde o mês de setembro. O plano sugeria a manutenção de um zoneamento específico para a região, para que ela fosse ocupada prioritariamente com empreendimentos destinados ao lazer como restaurantes, clubes recreativos, "campings", praças esportivas, entre outros (O Diário, 1971).

A partir de 2001-2002, a PBH - Prefeitura de Belo Horizonte iniciou obras para a recuperação, conservação e preservação da represa e entorno, como por exemplo, um vertedouro de tratamento das águas dos córregos, em parceria com a COPASA (Companhia de Saneamento de Minas Gerais). Desde então têm sido feitas várias

4 O antigo bairro Imaculada Conceição insere-se entre os atuais bairros Nova Pampulha e Trevo. Fonte:

<http://arquivo.arquidiocesebh.org.br/catalogo/parouquia.php?id=168>

5 Parque Pampulha Norte: Área de 190 ha, localizada ao norte do município de Belo Horizonte, ocupando a parte mais alta da colina que se eleva a noroeste da represa da Pampulha, descendo até o vale do córrego Paracatu, que se apresenta como limite natural do Parque nas imediações do loteamento Céu Azul. Em direção à Lagoa, o relevo apresenta-se mais acidentado com declividades superiores a 20% (PLAMBEL, 1975, p. 53).

intervenções um tanto efêmeras quanto à recuperação dos corpos hídricos, pois os agentes poluidores ainda despejam em demasia dejetos domésticos e industriais. Além disso, há a grande deposição de sedimentos que reduz o leito da lagoa. Projetos de saneamento básico na totalidade da bacia hidrográfica encontram-se em concepção e implantação (Figura 03). Esta recuperação por sua vez é obrigatória para a manutenção do título de Patrimônio Cultural da Humanidade. Neste sentido, a UNESCO determina a formação educacional de uma população mundial consciente e preocupada com o ambiente e com os problemas a ele relacionados. Conforme as finalidades da educação socioambiental, logo após a Conferência de Belgrado (1975) contemplava-se uma população munida de conhecimento, competências, estado de espírito, motivações e sentido de empenhamento para trabalhar individualmente e coletivamente deliberando sobre os problemas ecológicos atuais, evitando que eles se perpetuem ou repitam. O Brasil tem legislação especificamente elaborada que regulamenta a Educação Ambiental, enquanto um direito a todo cidadão brasileiro de receber:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, D E C R E T A:

Art. 1º. A Política Nacional de Educação Ambiental será executada pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, pelas instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, pelos órgãos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, envolvendo entidades não governamentais, entidades de classe, meios de comunicação e demais segmentos da sociedade⁶.

Art. 2º A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.

Art. 3º Como parte do processo educativo mais amplo, todos têm direito à educação ambiental, incumbindo:

I - ao Poder Público, nos termos dos arts. 205 e 225 da Constituição Federal, definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;

II - às instituições educativas, promover a educação ambiental de maneira integrada aos programas educacionais que desenvolvem;

III - aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama, promover ações de educação ambiental

⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4281.htm

integradas aos programas de conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;

IV - aos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação;

V - às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, promover programas destinados à capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente;

VI - à sociedade como um todo, manter atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a identificação e a solução de problemas ambientais.

Art. 4º São princípios básicos da educação ambiental:

I - o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo;

II - a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade;

III - o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade;

IV - a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais;

V - a garantia de continuidade e permanência do processo educativo;

VI - a permanente avaliação crítica do processo educativo;

VII - a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais;

VIII - o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

Art. 5º São objetivos fundamentais da educação ambiental:

I - o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos;

II - a garantia de democratização das informações ambientais;

III - o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social;

IV - o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania;

V - o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade;

VI - o fomento e o fortalecimento da integração com a ciência e a tecnologia;

VII - o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

CAPÍTULO II

DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Seção I

Disposições Gerais

Art. 6º É instituída a Política Nacional de Educação Ambiental.

Art. 7º A Política Nacional de Educação Ambiental envolve em sua esfera de ação, além dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama, instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, os órgãos públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e organizações não-governamentais com atuação em educação ambiental.

Art. 8º As atividades vinculadas à Política Nacional de Educação Ambiental devem ser desenvolvidas na educação em geral e na educação escolar, por meio das seguintes linhas de atuação inter-relacionadas:

- I - capacitação de recursos humanos;
- II - desenvolvimento de estudos, pesquisas e experimentações;
- III - produção e divulgação de material educativo;
- IV - acompanhamento e avaliação.

§ 1º Nas atividades vinculadas à Política Nacional de Educação Ambiental serão respeitados os princípios e objetivos fixados por esta Lei.

§ 2º A capacitação de recursos humanos voltar-se-á para:

- I - a incorporação da dimensão ambiental na formação, especialização e atualização dos educadores de todos os níveis e modalidades de ensino;
- II - a incorporação da dimensão ambiental na formação, especialização e atualização dos profissionais de todas as áreas;
- III - a preparação de profissionais orientados para as atividades de gestão ambiental;
- IV - a formação, especialização e atualização de profissionais na área de meio ambiente;
- V - o atendimento da demanda dos diversos segmentos da sociedade no que diz respeito à problemática ambiental.

§ 3º As ações de estudos, pesquisas e experimentações voltar-se-ão para:

- I - o desenvolvimento de instrumentos e metodologias, visando à incorporação da dimensão ambiental, de forma interdisciplinar, nos diferentes níveis e modalidades de ensino;
- II - a difusão de conhecimentos, tecnologias e informações sobre a questão ambiental;
- III - o desenvolvimento de instrumentos e metodologias, visando à participação dos interessados na formulação e execução de pesquisas relacionadas à problemática ambiental;
- IV - a busca de alternativas curriculares e metodológicas de capacitação na área ambiental;
- V - o apoio a iniciativas e experiências locais e regionais, incluindo a produção de material educativo;
- VI - a montagem de uma rede de banco de dados e imagens, para apoio às ações enumeradas nos incisos I a V.

Seção II

Da Educação Ambiental no Ensino Formal

Art. 9º Entende-se por educação ambiental na educação escolar a desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas, englobando:

- I - educação básica:
 - a) educação infantil;
 - b) ensino fundamental e
 - c) ensino médio;
- II - educação superior;
- III - educação especial;
- IV - educação profissional;
- V - educação de jovens e adultos.

Art. 10. A educação ambiental será desenvolvida como uma prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal.

§ 1º A educação ambiental não deve ser implantada como disciplina específica no currículo de ensino.

§ 2º Nos cursos de pós-graduação, extensão e nas áreas voltadas ao aspecto metodológico da educação ambiental, quando se fizer necessário, é facultada a criação de disciplina específica.

§ 3º Nos cursos de formação e especialização técnico-profissional, em todos os níveis, deve ser incorporado conteúdo que trate da ética ambiental das atividades profissionais a serem desenvolvidas.

Art. 11. A dimensão ambiental deve constar dos currículos de formação de professores, em todos os níveis e em todas as disciplinas.

Parágrafo único. Os professores em atividade devem receber formação complementar em suas áreas de atuação, com o propósito de atender adequadamente ao cumprimento dos princípios e objetivos da Política Nacional de Educação Ambiental.

Art. 12. A autorização e supervisão do funcionamento de instituições de ensino e de seus cursos, nas redes pública e privada, observarão o cumprimento do disposto nos arts. 10 e 11 desta Lei.

Seção III

Da Educação Ambiental Não-Formal

Art. 13. Entendem-se por educação ambiental não-formal as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.

Parágrafo único. O Poder Público, em níveis federal, estadual e municipal, incentivará:

I - a difusão, por intermédio dos meios de comunicação de massa, em espaços nobres, de programas e campanhas educativas, e de informações acerca de temas relacionados ao meio ambiente;

II - a ampla participação da escola, da universidade e de organizações não-governamentais na formulação e execução de programas e atividades vinculadas à educação ambiental não-formal;

III - a participação de empresas públicas e privadas no desenvolvimento de programas de educação ambiental em parceria com a escola, a universidade e as organizações não-governamentais;

IV - a sensibilização da sociedade para a importância das unidades de conservação;

V - a sensibilização ambiental das populações tradicionais ligadas às unidades de conservação;

VI - a sensibilização ambiental dos agricultores;

VII - o ecoturismo.

CAPÍTULO III DA EXECUÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Art. 14. A coordenação da Política Nacional de Educação Ambiental ficará a cargo de um órgão gestor, na forma definida pela regulamentação desta Lei.

Art. 15. São atribuições do órgão gestor:

I - definição de diretrizes para implementação em âmbito nacional;

II - articulação, coordenação e supervisão de planos, programas e projetos na área de educação ambiental, em âmbito nacional;

III - participação na negociação de financiamentos a planos, programas e projetos na área de educação ambiental.

Art. 16. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, na esfera de sua competência e nas áreas de sua jurisdição, definirão diretrizes, normas e critérios para a educação ambiental, respeitados os princípios e objetivos da Política Nacional de Educação Ambiental.

Art. 17. A eleição de planos e programas, para fins de alocação de recursos públicos vinculados à Política Nacional de Educação Ambiental, deve ser realizada levando-se em conta os seguintes critérios:

I - conformidade com os princípios, objetivos e diretrizes da Política Nacional de Educação Ambiental;

II - prioridade dos órgãos integrantes do Sisnama e do Sistema Nacional de Educação;

III - economicidade, medida pela relação entre a magnitude dos recursos a alocar e o retorno social propiciado pelo plano ou programa proposto.

Parágrafo único. Na eleição a que se refere o *caput* deste artigo, devem ser contemplados, de forma eqüitativa, os planos, programas e projetos das diferentes regiões do País.

Art. 18. (VETADO)

Art. 19. Os programas de assistência técnica e financeira relativos a meio ambiente e educação, em níveis federal, estadual e municipal, devem alocar recursos às ações de educação ambiental.

CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 20. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de noventa dias de sua publicação, ouvidos o Conselho Nacional de Meio Ambiente e o Conselho Nacional de Educação.

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 27 de abril de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO

HENRIQUE

CARDOSO

Paulo

Renato

Souza

José Sarney Filho

Este texto não substitui o publicado no DOU de 28.4.1999

Figura 03 – Obras de revitalização da Lagoa da Pampulha



Fonte: [http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/images.do?evento=imagem&urlPic=pagina_5_-_obras_de_desassoreamento_da_pampulha_-_breno_pataro_\(corpo\).jpg](http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/images.do?evento=imagem&urlPic=pagina_5_-_obras_de_desassoreamento_da_pampulha_-_breno_pataro_(corpo).jpg)

É imprescindível que as diferentes instituições sociais cumpram estas prerrogativas de conscientização para além da força de norma da citada lei brasileira. Embreados pelo desejo profundo de que os cidadãos pratiquem a conservação ambiental e a preservação do meio ecológico e cultural, em sua vida, desde a infância até a fase adulta. O presente estudo enseja parcerias técnicas entre os projetos ambientais já em execução no entorno da Lagoa da Pampulha, escolas e as estações de transferência de passageiros do BRT para sensibilizar os frequentadores da região sobre a importância da conservação do meio ambiente da barragem da Pampulha. Para tal propõe-se⁷ na estação Pampulha (Figura 04) uma ecoteca, telas ilustrativas e fotografias com pequenos textos apresentando a história do lago, desde a sua construção até a atual data. Além disso, cria-se um espaço para expor visualmente os motivos que a levaram a degradação, e apresentar ações e obras realizadas para a recuperação tanto das águas como de todo o entorno da represa levando a reflexões. Também será de grande valia à ecoteca a participação de educadores que esclarecerão dúvidas de maneira didática por meio de relatos, exposições e imagens

⁷ Este projeto apresentado no âmbito do 36º BH Itinerante, especificamente no Módulo dos Conflitos Urbanos, bem como no II Seminário Científico do ICOMOS Brasil. O BH Itinerante é um curso de extensão em Educação Ambiental, ofertado no 1º semestre de 2018, na parte da manhã, com encontros semanais às quartas-feiras. O ICOMOS é o Conselho Internacional de Monumentos e Sítios, cuja sede brasileira encontra-se na capital mineira.

sobre a evolução histórico-cultural da região e da capital. O centro itinerante de educação ambiental da estação Pampulha pode ser implantado no mirante da mesma, atualmente em desuso e sem função social. Campolina (2014, p. 02) descreve essa multifuncionalidade, da seguinte forma:

O pressuposto é de que o ser urbano contemporâneo seja visto dinamicamente, não como habitante de um lugar estático ou específico da cidade, mas como habitante de uma rede integrada de lugares de apropriação semi-transitória, onde vive parcelas definidas e significantes do seu tempo, cria laços de afetividade, ciclos de convivência e fragmenta sua percepção de “locus” diferenciado. No **Lugar Moradia** vive uma boa parte do seu tempo cotidiano. No **lugar Movimento** se apropria do seu trajeto para o Lugar Trabalho ou qualquer outro. No **lugar trabalho** vive e exercita sua contribuição cidadã produtiva. Lynch, Kevin⁸ em seu clássico e consagrado trabalho “ The image o the city”, 1961, já via a totalidade da cidade como arquitetura, e considerou seus componentes em movimento , particularmente o ser urbano e suas atividades, como sendo tão importantes quanto suas construções e elementos estáticos. Vai além, quando apontou que a percepção da cidade é fragmentária, não há resultado final, mas somente uma sucessão de permanências.

Figura 04 – Estação Pampulha: espaços e usos



Fonte: <http://s3.amazonaws.com/onibusbrasil2014/9/12/p/406f7afb2cafad7dbe37366bbd587ab2.jpg>

2. PRIMÓRDIOS DA RECUPERAÇÃO AMBIENTAL: a reabilitação da Fazenda Dalva e o Campus UFMG

⁸ Lynch, Kevin, “The Image of the city”, M.I.T. USA. 1960. First Edition

Bem ao lado, a Cidade Universitária, sede da UFMG transferida em 1942 para a antiga fazenda Dalva destaca-se no cenário regional do Mineirão/Mineirinho (Figura 05). Localizada entre a Pampulha Nova e a “Pampulha Velha”, a instituição é uma das maiores e melhores do país, com vários alunos regularmente matriculados e frequentes em cursos de graduação e de especialização. Dentro do campus, o destaque fica por conta de expressivos fragmentos nativos de mata preservados e que remetem aos tempos do Arraial Velho. São dois milhões de m² de vegetação resguardada, 500 mil m² de gramados, além de espécies arbóreas plantadas, totalizando 3.340.000,00 m². Um projeto ordenado de recuperação da arborização viária e dos fragmentos florestais nativos é executado, mediante plantios de enriquecimento e adensamento dos bosques nativos, totalizando, nos últimos anos, mais de 5.000 árvores. Subsidiando estas ações há um horto florestal para produção de mudas de mais de 150 espécies arbóreas e 270 ornamentais, utilizadas no paisagismo e arborização do Campus. O Campus UFMG se consolidou como um relevante componente biótico e preservação de ecossistemas naturais, no âmbito da paisagem cultural local:

O Cassino foi um marco da Pampulha e atraiu muitos visitantes para a região no curto período em que funcionou. JK fez a descrição: "Ergue-se num promontório, projetando-se para o lago, em estilo moderno, em concreto armado, oferecendo em conjunto um inédito aspecto de arte e bom gosto. Ele está a oito metros acima do nível das águas, todo cercado de jardins". Com a proibição dos jogos no Brasil em 1946, o edifício recebeu outras atividades como teatro até que, com a recuperação da Pampulha, ele se tornou o Museu de Arte da Pampulha (Carsalade⁹, 2007, p. 32).

A Casa do Baile foi projetada com a finalidade de valorização artística da Pampulha e a função social de diversão para o povo. Até mesmo a marquise convida ao movimento e remete à água. Dela se pode mirar o Cassino e a Lagoa (Carsalade, 2007, p. 37).

O Iate Clube foi projetado para aproveitar os esportes náuticos no primeiro pavimento e para festas no segundo andar do edifício com cobertura em formato de asa de borboleta. Na área externa havia uma grande piscina, três quadras de tênis, uma de basquete, *playground* e amplo espaço gramado para as pessoas se sentarem com suas toalhas de piquenique, tendo os barcos a vela ao fundo. Foi inaugurado como Yacht Golf Club, no entanto, o campo de golfe não chegou a existir, mas a tradição festiva do clube perdurou até os dias atuais (Carsalade, 2007, p. 40).

A Igreja da Pampulha ficou pronta em 1944 e foi sagrada apenas em 1959, pois não atendia às normas da Igreja Católica. No entanto, por proposição do arquiteto Lúcio Costa, ela foi tombada pelo IPHAN logo em 1947, segundo as palavras do próprio pelo "valor excepcional desse

9 CARSALADE, Flávio. Pampulha. Coleção BH. A cidade de cada um. Belo Horizonte: Conceito, 2007.

monumento." As formas arquitetônicas propõe uma experiência sensorial significativa e evocam a alegria e o movimento (Carsalade, 2007, p. 44).

Figura 05 – Estádio do Mineirão, antes e depois da Copa 2014



Fonte: <https://abrilveja.files.wordpress.com/2016/06/estadio-mineirao-belo-horizonte-20110518-03-original.jpeg?quality=70&strip=info&w=928>

Integra esse patrimônio ambiental universitário¹⁰, a Estação Ecológica, com 700 mil m², caracterizada por rica diversidade de flora e fauna, com várias espécies de mamíferos, anfíbios, aves e répteis, além de espécies vegetais nativas e exóticas. Nesses territórios de desenvolvimento atividades de ensino, pesquisa e extensão. Em 05/04/1990, através da resolução nº 1.336, foi aprovado Termo de Convênio entre a Universidade e a PBH, com a interveniência da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, objetivando a execução de projeto de implantação e manejo do Parque Ecológico do Campus Pampulha.

RESOLUÇÃO Nº 1.336, DE 5 DE ABRIL DE 1990

Aprova Termo de Convênio que, entre si, celebram a Universidade Federal de Minas Gerais e a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, com a interveniência da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, objetivando a execução de projeto de implantação e manejo do Parque Ecológico do Campus Pampulha.

¹⁰ Também fazem parte das áreas verdes da UFMG, o Museu de História Natural e Jardim Botânico no Bairro Instituto Agrônomo na Regional Leste, e o Centro Esportivo Universitário na região do Mineirão/Mineirinho .

A Câmara Municipal de Belo Horizonte decreta e promulga a seguinte Resolução:

Art. 1º - Fica aprovado o Termo de Convênio que entre si, celebram a Universidade Federal de Minas Gerais e a Prefeitura de Municipal de Belo Horizonte, com a interveniência da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, objetivando execução de projeto de implantação e manejo do Parque Ecológico co Campus Pampulha, na forma abaixo:

"A Universidade Federal de Minas Gerais, com sede à Avenida Antônio Carlos, 6.627, em Belo Horizonte, na pessoa do Magnífico Reitor, Professor Cid Veloso, aqui simplesmente denominada UFMG, e a prefeitura Municipal de Belo Horizonte, com sede à Avenida Afonso Pena, 1.212, em Belo Horizonte, representada pelo senhor Prefeito Municipal, Doutor Sérgio Mário Ferrara, aqui simplesmente denominada PREFEITURA, através da Secretaria Municipal de Meio ambiente, por seu representante, Doutor Hiram Firmino, Doravante denominada SECRETARIA, presentes, ainda, o senhor Secretário Municipal de Governo, Doutor Lomelino de Andrade Couto, e o senhor Procurador Geral do Município, Doutor Osmar Barbosa, resolvem, na melhor forma de direito, celebrar o presente Convênio, segundo as condições constantes das cláusulas seguintes:

CLÁUSULA PRIMEIRA

Este Convênio tem por finalidade estabelecer as bases de cooperação técnica e administrativa, entre as partes, para implantação e manejo do Parque Ecológico do Campus Pampulha.

CLÁUSULA SEGUNDA

Para desenvolvimento dos procedimentos referentes a este Convênio, compete às partes as seguintes atribuições:

I - a SECRETARIA compromete-se a ceder, às suas expensas, e em regime de exclusividade, um técnico de nível superior na área de biologia, com experiência em animais silvestres, com a finalidade de assessorar na implantação, planejamento e administração do Parque;

II - a UFMG compromete-se a executar programas de Educação Ambiental e treinamento técnico de recursos humanos.

CLÁUSULA TERCEIRA

Fica permitida à PREFEITURA a colocação, na área objeto deste Convênio, de placa indicativa de sua cooperação com a UFMG.

CLÁUSULA QUARTA

Outras formas de cooperação poderão ser incluídas neste Convênio, mediante prévio consentimento entre a UFMG e a PREFEITURA.

CLÁUSULA QUINTA

Este Convênio é válido por 12 (doze) meses consecutivos, a partir da data de sua assinatura, podendo, a critério de quaisquer das partes, ser rescindido mediante a notificação com antecedência de 90 (noventa) dias.

CLÁUSULA SEXTA

Fica eleito o Foro da Justiça Federal-Seção Minas Gerais para dirimir quaisquer dúvidas surgidas na execução deste Convênio.

Este Instrumento, a ser referendado pela Egrégia Câmara Municipal de Belo Horizonte, vai assinando pelos convenientes testemunhas abaixo.

Belo Horizonte, 22 de setembro de 1988

Professor Cid Veloso, Reitor da UFMG

Doutor Sérgio Mário Ferrara, Prefeito de Belo Horizonte

Doutor Lomelino de Andrade Couto, Secretário Municipal de Governo

Doutor Osmar Barbosa, Procurador Geral do Município

Doutor Hiram Firmino, Secretário Municipal de Meio Ambiente

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.

Mandamos, portanto, a quem o conhecimento e execução desta permanecerem, que a cumpra e a faça cumprir tão inteiramente como nela se contém.

Belo Horizonte, 5 de abril de 1990

Arutana Cobério Terena, Presidente

Otimar Bicalho, 1º Secretário

Esta ação parecer ter surtido pouco efeito. Mas a Universidade se refaz na busca por projetos sustentáveis. Sede de inúmeros projetos relevantes, atualmente as atenções se voltam para as perspectivas do Parque Tecnológico de Belo Horizonte (BH-Tec), projetado para se tornar um **dos mais respeitáveis espaços de tecnologia do país. Objetivando assim estreitar laços entre universidade e setor produtivo empresarial** por meio da inovação tecnológica, beneficiando toda a sociedade mineira e brasileira. Sobre a recuperação da Lagoa da Pampulha, Moreira (s/d), apud Silva (2012, p. 10) alega que:

Por não existir um controle operacional da barragem ela ainda está muito deficiente, o qual deveria: Acompanhar o comportamento do solo compactado e dos filtros de areia; controlar e verificar o volume do represamento da água; controlar a vazão de água através do vertedouro com medições periódicas; abrir a comporta periodicamente para evitar transbordamentos; permanentemente verificar e medir a vazão de água

percolada. Atualmente a barragem da Pampulha está perdendo muito de sua capacidade de armazenar água e perdendo a capacidade de conter enchentes, pois encontra-se suscetível a sofrer acidentes sérios devido à anomalia de comportamento. A falta de um controle operacional para programar medidas de prevenção como, por exemplo, os problemas do canal de fuga podem aparecer repentinamente sem tempo hábil mesmo para uma correção de emergência.

O Parque BH-Tec será implantado numa área de 535.000 m² e acolherá empresas de ciências da vida (biotecnologia, saúde humana e animal), tecnologias da informação e comunicação, de materiais e de processos ambientais e para entretenimento e cultura, além de energias alternativas. Do espaço de 185.000 m² destinadas à zona de grandes equipamentos, 93,3 mil m² serão destinados a lotes. Destacam-se ainda pelos 350.000 m² de perímetro de preservação ambiental, as extensões de proteção permanentes do córrego do Mergulhão e suas margens. Esta notícia de preservação resgata uma antiga proposta da Lei n° 4034, instituída em 25/03/1985, que declarou as áreas de mata natural dentro do atual parque tecnológico como zonas de expansão urbana. Para fins de preservação, em 25 de janeiro de 1990, a Prefeitura através da Lei n° 5.657, transformou o espaço em Setor Especial 1 deliberando sobre a constituição do Parque Pampulha e outras providências. Isto confirma a vocação ecológica da UFMG, indispensável à recuperação ambiental da bacia e à preservação de cenários turísticos e paisagens culturais relacionadas à lagoa, que por sua vez sedia eventos como a Volta Internacional, todos os anos em dezembro (Figura 06). Silva (2012, p. 12), defende que:

Faz-se necessário imediatamente intensificar junto às escolas e instituições interessadas, projetos de educação ambiental que envolvam toda a comunidade entorno da Lagoa, órgãos públicos e privados, usuários, comerciantes e demais amantes da natureza promovendo ações para sensibilizar sobre a importância de sua conservação e preservação, com o objetivo de em breve contemplarmos o grande sonho antigo dos fundadores, o lindo espelho d'água com todas as suas atribuições em plena possibilidade de uso.

Figura 06 - Volta Internacional da Pampulha



Fonte: <http://www.maratonasnomundo.com.br/volta-da-pampulha>

Assim espera-se com a efetivação do parque tecnológico que um espaço anteriormente destinada à expansão urbana, delimitada pelo Anel Rodoviário, Avenida Carlos Luz, Rua José Vieira de Mendonça, Setor Especial 3 e Zona Comercial 3 tenha a destinação definida pelo Plano Diretor, preservando uma extensão de mata com 350.500 m² e outra área natural com 140.750 m². Considerando todo um contexto social, econômico e cultural, a capital mineira além de receber um parque sustentavelmente tecnológico, ganhará um grande parque urbano efetivando a preservação ambiental e permitindo que a Pampulha se consagre como espaço contemporâneo de modernidade, tecnologia e sustentabilidade em Belo Horizonte. A preservação das áreas remanescentes do Campus é uma contrapartida pela supressão dos indivíduos arbóreos ao longo dos canteiros centrais das Avenidas Antônio Carlos (Figura 07) e Pedro I, quando da implantação do Corredor de BRT.

Figura 07 – Avenida Antônio Carlos, altura do Viaduto São Francisco, no início da década de 1990



Fonte: <http://busbhdesenhosdeonibus.blogspot.com.br/2016/04/>

3. O PARQUE FRANCISCO LINS REGO: exemplo de que a recuperação é possível

Um parque, um fruto de recuperação ambiental e reabilitação ecológica destaca-se também na paisagem da Pampulha como símbolo da amizade e do reconhecimento (Figura 08). Ao longo dos últimos anos, com a ocupação urbana desordenada em torno de toda a bacia da Pampulha, principalmente em Contagem, com retirada da vegetação nativa foi ocorrendo o processo de assoreamento da lagoa. A remoção e a aglomeração de milhões de metros cúbicos de sedimentos depositados no Lago deram origem ao Parque Ecológico da Pampulha num local denominado de Ilhas da Ressaca. Sua área levou cerca de uma década para se estabilizar fisicamente, sendo então colonizada pela fauna e pela flora, num intenso processo de reabilitação natural. As ilhas artificiais foram formadas no estuário dos Ribeirões Ressaca e Sarandi (também denominado de Ribeirão Cabral).

Figura 08 – Vista do Parque Francisco Lins do Rego localizado em lugar antes chamado de Ilhas da Ressaca



Fonte: <http://www.mineirosnaestrada.com.br/parque-ecologico-pampulha/>

O Parque Francisco Lins do Rego, mais conhecido como Parque Ecológico da Pampulha, ao contrário dos demais parques da cidade¹¹ é administrado pela Fundação Zoo-Botânica de Belo Horizonte e foi inaugurado em maio de 2004. É um atrativo turístico com importância ecológica

¹¹ Os parques da cidade de Belo Horizonte são administrados pela Fundação de Parques Municipais, instituição criada pela Lei nº 11936 de 04 de fevereiro de 2005.

ímpar, resultante de uma história de recuperação ambiental e patrimonial. O projeto é dos arquitetos Álvaro Hardy, o Veveco, Gustavo Penna, e Mariza Machado Coelho. São cerca de 300 mil metros de área verde, divididos em diversos espaços planejados para a contemplação, o entretenimento, o lazer e para a proteção da flora e da fauna locais. O público desfruta da Esplanada, local para prática de esporte, do Bosque, área arborizada muito utilizada para piqueniques, do Coreto, local que recebe várias apresentações culturais, do Slackparque, espaço para prática de slackline, e do Memorial Japonês, monumento construído em comemoração ao Centenário da Imigração Japonesa ao Brasil celebrando a amizade¹² entre Minas e Japão. A gestão do parque foi definida pelo Art. 125 da Lei Municipal nº 9.011, de 01/01/2005:

Art. 122 – A Fundação de Parques Municipais gozará de autonomia administrativa e financeira, assegurada, especialmente, por dotações orçamentárias e saldos de fim de exercício, patrimônio próprio e renda dele decorrente, aplicação de suas receitas, assinatura de contratos e convênios com outras instituições.

Art. 123 – Fica o Poder Executivo autorizado a conferir à Fundação de Parques Municipais, diretamente ou através de estabelecimento oficial de crédito, garantia do Município de Belo Horizonte em operações de crédito e financiamento.

Art. 124 – Será fixada, por decreto, a data de entrada em operação da Fundação de Parques Municipais, após a aprovação do respectivo estatuto. Art. 125 – O Parque Ecológico Francisco Lins do Rego permanece sob o gerenciamento e conservação da Fundação Zoo-Botânica de Belo Horizonte – FZB.

Art. 126 – Fica alterada a redação do inciso I do artigo 3º da Lei nº 5.904/91, na seguinte forma: “I – planejar e administrar o Jardim Zoológico, o Jardim Botânico, o Parque Ecológico Francisco Lins do Rego, as hortas e viveiros do Município. (NR)”.

Art. 127 – Fica revogado o item III. 1.1 do artigo 7º da Lei nº 5.904/91, e acrescidos os itens III.5, III.5.1 e III.5.2, na seguinte forma: “III. 1.1 – (Revogado). (...) III. 5 – Departamento de Educação Ambiental e Gestão do Parque Ecológico Francisco Lins do Rego; III. 5.1 – Serviço de Educação Ambiental; III. 5.2 – Serviço de Gestão do Parque Ecológico Francisco Lins do Rego. (AC)”

O parque recebeu o nome em homenagem ao promotor público Francisco José Lins do Rego, conhecido como Chico Lins, então secretário do PROCON – Promotoria Estadual de Defesa do

¹² O monumento, construído no Parque Ecológico da Pampulha, celebra a boa relação entre Belo Horizonte, Minas Gerais e o país oriental, unidos por traços culturais, além de parcerias comerciais e tecnológicas. USIMINAS CELULOSE NIPO BRASILEIRA

Consumidor de Minas Gerais. Rego ingressou no Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) em 1984. Atuou nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Contagem, Jaboticatubas e Santos Dumont. Em Juiz de Fora, exerceu as Curadorias de Defesa do Meio Ambiente, Consumidor e Patrimônio Cultural, recebendo por sua atuação o título de Cidadão Honorário. A lei nº 8.521, de 16 de abril de 2003 deu o nome de Francisco Lins do Rêgo a próprio público.

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica denominado Francisco Lins do Rêgo um próprio público do Município.

Parágrafo único - O Executivo tem o prazo de trinta dias, contado da data de publicação desta Lei, para definir o próprio público a ser nomeado.

Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2003

Fernando Damata Pimentel, Prefeito de Belo Horizonte

(Originária do Projeto de Lei nº 750/02, de autoria da Vereadora Lúcia Pacífico)

Em Belo Horizonte, atuou na área criminal de 1996 a 2000, quando foi designado para a Promotoria de Defesa do Consumidor. Quando investigava uma rede de fabricação e distribuição de combustível adulterado, que chegava a desviar até 15% da arrecadação total de ICMS do estado, foi assassinado com sete tiros em 25 de janeiro de 2002 (figura 09). Um monumento feito de aço foi instalado em homenagem ao promotor no lado de fora do parque, entre as duas portarias, em frente à Praça Paulo Gustavo do Vale, que pode ser visto da Avenida Otacílio Negrão de Lima. O Parque Ecológico da Pampulha possui as entradas da Portaria Marco Zero na Avenida Otacílio Negrão de Lima, nº 6.061 e Portaria da Toca da Raposa também na Avenida Otacílio Negrão de Lima, nº 7.111. O decreto nº 11.328, de 10 de maio de 2003 republicado em 10/5/2003 deu o nome de Francisco Lins do Rêgo ao próprio parque, enquanto equipamento público mencionado para a devida homenagem:

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais e tendo em vista o que lhe faculta a Lei nº 8.521, de 16 de abril de 2003, e

considerando a trajetória de Francisco Lins do Rêgo que por quinze anos foi membro do Ministério Público de Minas Gerais, lotado na Promotoria de Defesa do Consumidor, onde era reconhecido por suas qualidades de profissional e de cidadão;

considerando que a vida do homenageado, neto do escritor José Lins do Rêgo, foi marcada pela lisura e discrição;

considerando as circunstância de sua morte, ocorrida em razão do legítimo exercício das suas funções e em defesa da sociedade mineira; decreta:

Art. 1º - Dá o nome de Francisco Lins do Rêgo ao Parque Ecológico da ilha península da Lagoa da Pampulha, localizada entre os Bairros Bandeirantes e Braúnas.

Art. 2º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2003

Fernando Damata Pimentel, Prefeito de Belo Horizonte

Figura 09 – Foto de Francisco Lins do Rego



Fonte: <http://tomoliveirapromotor.blogspot.com.br/2013/02/tj-mg-nega-dois-recursos-empresario.html>

Inaugurado em 12 de maio de 2009, o Memorial da Imigração Japonesa é uma iniciativa da Comissão Mineira para Comemoração do Centenário da Imigração Japonesa no Brasil, por meio da Associação Mineira de Cultura Nipo-Brasileira e do cônsul-geral honorário do Japão em Belo Horizonte, com patrocínio da Usiminas e FIEMG – Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais, e parceira do Governo de Minas e da Prefeitura de Belo Horizonte. No total, foram investidos R\$ 8 milhões, parte com o apoio da Lei Federal de Incentivo à Cultura, o que resultou em uma obra que impressiona pela beleza, ineditismo e envolvimento das duas culturas.

Para a construção do monumento, foram utilizadas 350 toneladas de aço. Trata-se de uma ponte suspensa sobre um imenso espelho d'água, cujas extremidades representam de forma simbólica o Japão e Minas Gerais, separados geograficamente por um oceano, porém ligados em ideias e ideais. Ao centro, fica o pavilhão de arte contemporânea, uma sala pintada integralmente de vermelho, que estimula nos visitantes uma experiência sensorial. A cor foi escolhida por ser simbólica nas bandeiras do Japão e de Minas Gerais (figura 10), além de servir como referência à cultura nipônica. No país oriental, o vermelho faz referência aos rituais de passagem, como nascimento, casamento e morte. O acesso ao pavilhão de arte contemporânea é feito a partir de duas rampas que remetem às duas culturas: uma cercada por ipês brancos, que representa Minas Gerais, e a outra, rodeada por cerejeiras, simbolizando o Japão. O projeto é de autoria os arquitetos Gustavo Penna e Mariza Machado Coelho.

Figura 10 – Similaridade entre as bandeiras de Minas gerais e do Japão



Fonte: <http://mapio.net/pic/p-46260331/>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo questionou-se que em Belo Horizonte, a proximidade do evento da Copa do Mundo de 2014, devido à grande quantidade de visitantes para a participação dos jogos, trouxe projetos de recuperação da Lagoa da Pampulha, paisagem de lazer e de grande importância histórico-cultural. Como exemplos se tem a reforma do estádio, a readequação viária das avenidas de acesso ao mesmo, à construção e reformas de hotéis. Além do futebol, a paisagem em torno da lagoa é transmitida para todo o país e para o mundo, quando ocorrem eventos esportivos diversos como maratonas de corredores e ciclistas. O espaço é também apropriado pela população local devido à prática popular de caminhada, ciclismo, corrida,

patins, skate. Caso passe por lá, do domingo ao sábado, sem interrupções, verá pessoas de toda a parte da capital e mesmo das cidades vizinhas. Hoje, a região da Pampulha de seu entorno recebe pessoas de diversos bairros desde o Luxemburgo a Venda Nova.

A Pampulha foi requalificada para a Copa e a divulgação na mídia da época mostrou bem mais que futebol, uma sociedade mobilizada em protestos pelo país que questionaram a qualidade e eficiência dos serviços públicos. Empreendeu-se a recuperação e revitalização do Lago no entorno da Igrejinha da Pampulha, consagrada mundialmente pelas fotos e cartões postais e pelos eventos promovidos. Ícone da cidade, a sede da Igreja Católica Romana, artisticamente conservadora, somente reconheceu o edifício da Igrejinha onze anos depois de sua construção, em 1954. Com linhas arredondadas denunciando a obra de Niemeyer, suas curvas são um contraponto ao ângulo reto. No interior existem quatorze painéis, considerados a obra-prima de Cândido Portinari retratando a Via Sacra. Na parte externa destacam-se os jardins de Burle Marx e mosaicos nas fachadas laterais.

Neste contexto, todos se sensibilizaram com a realização do grande sonho de proteção internacional das paisagens símbolos desta regional. Ao realizarem-se pesquisas bibliográficas contata-se com o decorrer das últimas décadas estão sendo realizadas ações de recuperação socioambiental na área de drenagem. Antagonicamente, a represa estava se tornando um cenário de degradação ambiental. Ações que empreendidas, sem sucesso permanente, pois tanto a população e frequentadores ainda não deixaram de lançar resíduos de esgotos e sólidos, nas margens e leito da lagoa. As ações periódicas em educação ambiental protagonizadas pelo PROPAM – Programa de Recuperação Ambiental e recuperação da Bacia do Ribeirão Pampulha serão imprescindíveis, pois das mesmas dependem o sucesso da conservação e preservação da represa. Atualmente e futuramente, faz-se necessário que a comunidade seja preparada para perceber e valorizar os melhoramentos que estão sendo feitos e que necessitam da participação de todos para a plena conclusão e consecutiva apropriação dos espaços públicos da Pampulha.

Propõe-se a criação de núcleos no Parque Francisco Lins do Rego e sua ampliação para proteger toda a orla arborizada, inserindo todo o perímetro do espelho d'água como unidade de conservação. O Parque Ecológico e Cultural da Lagoa da Pampulha como é chamado passará a

proteger oficialmente todos os cenários modernos da Pampulha, em especial, a ilha dos Amores e a Igrejinha, marco simbólico da região. A legislação municipal promoverá sua ampliação sugerindo sua organização em seis núcleos administrativos: Barragem Pampulha, Casa do Baile, Igrejinha da Pampulha, Ilha dos Amores, Ilhas da Ressaca, e Museu de Arte.

Não se pode deixar de perceber visualmente e detectar olfativamente o estado de deteriorização em que se encontra a Pampulha, pois o mau cheiro identifica imediatamente essa situação inapropriada. Inclusive, diariamente percebe-se o tamanho da degradação, a recepção malcheirosa e insuportável que se sente ao passar de ônibus ou de carro pela sua orla com mais intensidade no vertedouro. Considera-se que para bem estar de todos os frequentadores e visitantes de Belo Horizonte merecem uma intervenção em toda área do lago da Pampulha, para que potencialize tudo que ele pode oferecer. Através deste estudo pretende-se contribuir com ações que ampliem os olhares dos belo-horizontinos e dos visitantes para que se alcance a necessidade urgente de a proteção de um patrimônio universal. Na orla outrora completamente degradada, gradativamente ações de saneamento reduzem o lançamento de esgotos clandestinos e resíduos sólidos.

São as ações de recuperação ambiental e educação ambiental que prosseguem legitimadas pela articulação entre sociedade civil e poder público. Neste cenário propõe-se a criação de um centro de educação ambiental no mirante da estação BRT localizada na barragem. Almeja-se que todos que dele tomem conhecimento compreendam a sua importância e o potencializa enquanto memória e identidade coletiva da urbe. E é isso que se propõe uma estação culturalmente conectada à sua realidade e paisagem incentivando novas identidades por parte dos usuários do sistema BRT.

Ambiciona-se novas alternativas educativas voltadas à percepção, leitura e interpretação da paisagem em contraponto ao modelo clássico de educação ambiental que produz e distribui alienatoriamente a alienadamente materiais visuais impressos¹³. Propõe-se trabalhar a acuidade

¹³ Os cartazes, faixas e panfletos desnecessários acabam por gerar descarte, sem a apropriação devida das informações. Além do mais ler não é hábito da grande maioria da população, demandando novas estratégias educativas que sensibilizem, conscientizem e motivem à mudança de percepção e comportamentos dos munícipes.

auditiva com musicalidade e movimento transformando o espaço da estação, aproveitando datas, dias e horários variados e também o espaço/fluxo/ocasião para divulgar através do som e da imagem a realidade cultural e ambiental do entorno da estação. Nesse movimento contínuo de embarque e desembarque, que os sujeitos se sensibilizem e participem intensamente na recuperação e posterior conservação e preservação da barragem da Pampulha, tornando-a finalmente um local aprazível em todos os seus aspectos. São vários os moradores que saem dela todos os dias para trabalhar em outras áreas da cidade. É nela que desembarcam parte daqueles que trabalham na orla e no entorno da represa. Espera-se que as propostas aqui expostas sejam avaliadas e ponderadas enquanto elos importantes para que os objetivos e demandas pela obra de recuperação na região da barragem da Pampulha sejam consolidados. Por último, a recuperação ambiental é imprescindível à manutenção da qualidade de vida local e consecutivamente da perpetuação das práticas esportivas e atividades ao ar livre que potencializam a apropriação cultural desta paisagem ímpar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Andréa Aparecida. **AÇÕES AMBIENTAIS QUE VISAM À REVITALIZAÇÃO E PRESERVAÇÃO DA LAGOA DA PAMPULHA** Disponível em: <<http://docplayer.com.br/3752250-Acoes-ambientais-que-visam-a-revitalizacao-e-preservacao-da-lagoa-da-pampulha-andrea-aparecida-batista-1.html>>. Acesso em: 20/12/2017.

CAMPOLINA, Joel. **O INESPERADO HABITAT DO SER URBANO EM MOVIMENTO: NOVA BH 2014**. s/d. in: FAU/UFMG – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal de Minas Gerais. 09 p. Disponível em: <https://www.usp.br/nutau/anais_nutau2014/trabalhos/campolina_joel.pdf>. Acesso em: 20/12/2017.

FÉRES, Luciana R. **PAISAGEM CULTURAL E PAISAGEM URBANA HISTÓRICA: Reflexões acerca dos conceitos e os desafios da gestão do conjunto moderno da Pampulha. Patrimônio Cultural da Humanidade**. In: disponível em: <<https://even3storage.blob.core.windows.net/anais/60070.pdf>>. Acesso em: 10/12/2017

FERREIRA Marcos Vinicius M. **AVALIAÇÃO DE PROJETOS DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL NA LAGOA DA PAMPULHA (MG)**. Disponível em: <<http://www.sbecotur.org.br/revbea/index.php/revbea/article/view/4529>>. Acesso em: 14/12/2017.

MACEDO, Danilo Matoso. SILVA, Elcio Gomes da. **CONTRIBUIÇÕES DE JOAQUIM CARDOZO À ARQUITETURA DE OSCAR NIEMEYER** In: 11º SEMINÁRIO NACIONAL DO DOCOMOMO BRASIL. Recife: DOCOMOMO_BR, 2016. Disponível em: <http://www.seminario2016.docomomo.org.br/artigos_apresentacao/sessao%2013/DOCO_PE_S13_MACEDO_SILVA.pdf>. Acesso em: 02/12/2017.

Maciel, Marieta.; Teixeira, Cristina; Medeiros, Mirelli; Barbosa, Renata. **OPERAÇÃO PERUCA VERDE: um olhar sobre a proteção da Pampulha na década de 1960.** In: **Anais 4º COLÓQUIO IBERO-AMERICANO PAISAGEM CULTURAL, PATRIMÔNIO E PROJETO** Belo Horizonte, de 26 a 28 de setembro de 2016 Disponível em: <<http://www.forumpatrimonio.com.br/paisagem2016/artigos/pdf/385.pdf>>. Acesso em: 05/12/2017.

MELLO, Soraia Silva de. TRAJBER, Rachel (Coord.). **VAMOS CUIDAR DO BRASIL: Conceitos e Práticas em Educação Ambiental na Escola.** Brasília: Ministério da Educação, Coordenação Geral de Educação Ambiental; Ministério do Meio Ambiente, Departamento de Educação Ambiental: UNESCO, 2007.248 p.

MOREIRA, Wilson Teixeira. **RECUPERAÇÃO DA LAGOA DA PAMPULHA: desvinculação da represa de sua própria bacia.** Disponível no site: <<http://audienciapublica.ana.gov.br/arquivos/LAGOA%20DA%20PAMPULHA.pdf>>. Acesso em: 12/12/2017.

MUSEU VIRTUAL DA PAMPULHA. **História da Pampulha: Os equipamentos públicos e sociais da Pampulha.** Disponível no site: <http://www.museuvirtualbrasil.com.br/museu_pampulha/modules/news3/article.php?storyid=12>. Acesso em: 16/12/2017.

MUSEU VIRTUAL DA PAMPULHA. **História da Pampulha: O caminho entre a velha e a nova Pampulha.** Disponível no site: <http://www.museuvirtualbrasil.com.br/museu_pampulha/modules/news3/article.php?storyid=10>. Acesso em: 16/12/2017.

MUSEU VIRTUAL DA PAMPULHA. **História da Pampulha: O rompimento da barragem da Pampulha.** Disponível em: <http://www.museuvirtualbrasil.com.br/museu_pampulha/modules/news3/article.php?storyid=11>. Acesso em: 16/12/2017.

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **MOVE** Disponível em: <<http://www.bhtrans.pbh.gov.br/move>>. Acesso em 09/12/2017.

SILVA, Sandra Soares. **Educação ambiental e cidadania para a preservação da lagoa de Pampulha.** 2012. 29 pg. Monografia do curso de Pós Graduação em Gestão, Licenciamento e Auditoria Ambiental– Centro de Ciências Empresariais e Sociais Aplicadas, Universidade Norte do Paraná, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.uol.com.br/biologia/educacao-ambiental-cidadania-pela-preservacao-lagoa-pampulha.htm>>. Acesso em 09/12/2017.

NEGÓCIOS INTERNACIONAIS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir o mundo dos negócios internacionais e a globalização. A mentalidade global favorece o comércio e os negócios internacionais. Apresenta tolerância diante de culturas externas. É mantida por meio do acompanhamento das tendências e dos acontecimentos mundiais.

Palavras-chave: Negócios internacionais; Fronteiras; Comércio; Globalização.

ABSTRACT: This article aims to discuss the world of international business and globalization. The global mentality favors international trade and business. It presents tolerance to external cultures. It is maintained through the monitoring of world trends and events.

Keywords: International Business, Borders, Trade, Globalization.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo discutir el mundo de los negocios internacionales y la globalización. La mentalidad global favorece el comercio y los negocios internacionales. Presenta tolerancia frente a culturas externas. Se mantiene a través del seguimiento de las tendencias y los acontecimientos mundiales.

Palabras clave: Negocios Internacionales, fronteras, comercio, La globalización.

1 INTRODUÇÃO

Fazer negócio além das fronteiras nacionais. Transações transnacionais.

O comércio internacional é a troca de bens e serviços através de fronteiras internacionais ou territórios. Na maioria dos países, ele representa

uma grande porcentagem do PIB. O comércio internacional está presente em grande parte da história da humanidade, mas a sua importância econômica, social e política se tornou crescente nos últimos séculos. O avanço industrial, dos transportes, a globalização, o surgimento das corporações multinacionais, o outsourcing teve grande impacto no incremento deste comércio.

O volume do comércio mundial aumentou vinte vezes desde 1950 até hoje. Este aumento de bens manufaturados ultrapassa o aumento da taxa de produção dessas mercadorias em três vezes.

Vários modelos diferentes, como o modelo ricardiano e o de Heckscher-Ohlin, entre outros, foram propostos para prever os padrões de comércio e analisar os efeitos das políticas de comércio, como as tarifas.

O modelo ricardiano foca nas vantagens comparativas (ou vantagens relativas) e é talvez o mais importante conceito de teoria de comércio internacional. Neste modelo, os países se especializam em bens ou serviços que produzem relativamente melhor. Diferentemente de outros modelos, o ricardiano prevê que países irão se especializar em poucos produtos em vez de produzir um grande número de bens. O modelo não considera diretamente as características naturais de um país, como disponibilidade relativa de mão de obra e de capital. E no modelo ricardiano, temos apenas um fator de produção, que se trata da mão de obra (trabalho). O diferencial de produtividade do trabalho e o custo de oportunidade nos países justificaria a especialização dos países, que realizariam, desta maneira, trocas internacionais depois da especialização.

Modelo dos fatores específicos e distribuição de rendimentos foi desenvolvido por Paul Samuelson e Ronald Jones. Tal como o modelo ricardiano, supõe que uma economia produz dois produtos, mas com a existência de vários fatores de produção: Trabalho (Fator Móvel) e outros (Fatores Específicos).

O modelo da gravitação apresenta uma análise mais empírica dos padrões de comércio em contraposição aos modelos teóricos discutidos acima. O modelo da gravitação, basicamente, prevê que o comércio será

baseado na distância entre os países e na interação derivada do tamanho das suas economias. O modelo mimetiza a lei da gravidade de Isaac Newton que considera a distância e o tamanho de objetos que se atraem. O modelo tem sido comprovado como robusto na área da econometria. Outros fatores como a renda, as relações diplomáticas entre países e as políticas de comércio foram incluídas em versões expandidas do modelo.

2 DESENVOLVIMENTO

Tradicionalmente o comércio é regulamentado através de tratados bilaterais entre nações. Durante os séculos de crença no mercantilismo a maioria das nações mantinham altas tarifas e muitas restrições ao comércio internacional. No século 19, especialmente no Reino Unido, a crença no livre comércio tornou-se um paradigma e este pensamento tem dominado as nações ocidentais desde então. Nos anos seguintes à segunda guerra mundial, tratados multilaterais como o GATT e a OMC tentaram criar estruturas regulatórias de alcance mundial.

As primeiras iniciativas efetivas de integração aconteceram na Europa nos inícios dos anos 50, tendo em vista que o final da Segunda Guerra impôs aos governantes europeus a necessidade urgente de reorganizar a atividade econômica e de evitar a eclosão de novos conflitos. Na América Latina, estas iniciativas foram amplamente apoiadas pela Comissão Econômica para a América Latina - Cepal, que via nelas uma forma de contornar a estreiteza dos mercados internos.

A primeira experiência de integração latino-americana somente foi viabilizada em 1960, com a ALALC e se mostrou bastante difícil, o que ocasionou o surgimento de ações integrativas sub-regionais.

A lógica da integração econômica está baseada na perspectiva de facilitar e incrementar o livre fluxo de bens e serviços entre as nações, garantindo mercados de consumo para países industrializados e impulsionando o desenvolvimento de países que, por serem menos competitivos, ficariam excluídos dos processos de desenvolvimento e globalização.

As nações socialistas e comunistas sempre acreditaram no modelo da autarquia, a completa ausência do comércio internacional, até Deng Xiaoping desenvolver o socialismo de mercado. Então a China, que abandonou o comunismo, se torna a segunda maior potência mundial em comércio exterior. Os governos autoritários, como os fascistas, sempre colocaram grande ênfase na ideia da autossuficiência. Mas na prática, nenhuma nação consegue atender sozinha a todas as necessidades do seu povo, e sempre algum comércio é realizado e necessário.

Normalmente, o comércio internacional livre é defendido pelos países economicamente mais poderosos. Quando eram duas das maiores economias mundiais, a Holanda e o Reino Unido eram grandes defensores desse pensamento. Atualmente, os Estados Unidos da América, o Reino Unido e o Japão são os seus maiores proponentes. Porém, muitos outros países - incluindo aqueles em rápido crescimento econômico como Índia, China e Rússia - tem se tornado defensores do "livre comércio".

Tradicionalmente, os interesses agrícolas são a favor do comércio livre, enquanto setores manufatureiros defendem políticas protecionistas. Porém, lobbies agrícolas, particularmente nos Estados Unidos, Europa e Japão, são responsáveis pela inclusão de regras nos tratados de comércio internacional, cujo objetivo é a adoção de medidas protecionistas para bens de origem agrícola. Por outro lado, o Brasil, um grande e eficiente produtor agrícola, vem atuando para eliminar parte destas barreiras.

Durante as recessões econômicas, sempre surgem pressões para o aumento de tarifas de importação, com o intuito de proteger a produção doméstica. A grande depressão estadunidense levou ao colapso do comércio internacional, fazendo com que a crise se aprofundasse.

A regulamentação do comércio internacional é realizada através da OMC no nível global, e através de vários outros arranjos regionais como o Mercosul na América do Sul; o NAFTA, entre Estados Unidos da América, Canadá e México; e a União Europeia, entre 27 estados europeus independentes.

Os riscos existentes no comércio internacional podem ser divididos em dois grandes grupos:

Riscos econômicos

Insolvência do comprador;

Atraso no pagamento - a falha do comprador em pagar o total em até seis meses;

Flutuações cambiais;

Relacionados à soberania econômica.

Riscos políticos

De cancelamento ou não renovação de licenças de exportação ou importação;

Relacionados a conflitos armados;

Expropriação ou confisco por companhias importadoras;

De imposição de um banimento de algum bem após o embarque;

De transferência: A imposição de controle de transferência de valores pelo país importador devido a crises de liquidez;

Relacionados à soberania política.

Exportação é a saída de produtos ou execução de serviços para/em outro país. Esta operação pode envolver pagamento (cobertura cambial), como venda de produtos, ou não, como nas doações.

Importação é a entrada de produtos ou execução de serviços provenientes de outro país.

As exportações permitem vender produtos para qualquer país do mundo, seja perto ou distante. Para a exportação ter sucesso, ela pouco depende do desenvolvimento mercantil no qual seu sítio de envio está

localizado. Tal fato propicia o distanciamento econômico de pontos geograficamente próximos, elevando as possibilidades de disparidade de renda e diferenças sociais. Além disto, às vezes os melhores produtos de um país ou território são preferencialmente direcionados à exportação, assim restando produtos de qualidade pior. Isso ocorre devido ao poder de compra dos clientes no exterior. Se o preço nacional for semelhante ao encontrado no exterior, esse fenômeno não costuma ocorrer.

Para favorecer as exportações, numerosos organismos governamentais publicam na Internet estudos de mercado por sector e por país estrangeiro. Estes estudos são mais ou menos acessíveis e frequentemente gratuitos.

Estados Unidos: O USCS, dependente do US Department of Commerce, redigiu cerca de milhares de estudos econômicos.

O USDA (Department of Agriculture) publica estudos sobre os sectores da Agricultura.

Canadá: Export Development Canada (EDC).

“Agriculture and Agri-Food Canada” publica estudos internacionais sobre o seu sector.

França: Ubifrance (promoção das exportações)

AFII (implantação de empresas estrangeiras)

Reino Unido: o “UK Trade & Investment” tem em carga ao mesmo tempo a promoção das exportações e a implantação de empresas estrangeiras no Reino Unido

Hong Kong: “Hong Kong Trade Development Council” (HKTDC).

Japão: JETRO.

Austrália: Austrade.

Brasil é a 6ª maior economia mundial, de acordo com os critérios de Produto Interno Bruto diretamente convertido a dólares americanos, e está entre as 10 maiores economias mundiais em critérios de "Paridade do poder de compra", sendo a maior da América Latina, e está na 84ª posição no ranking do IDH (Índice de desenvolvimento humano).

O primeiro produto que moveu a economia do Brasil foi o Pau-Brasil no período logo após o descobrimento e mais tarde, com a divisão do Brasil em Capitânicas Hereditárias passou a ser o açúcar a principal atividade, e que perdurou por quase todo o período de colônia, vindo a ser substituído como principal atividade pelo ouro da região de Minas Gerais em meados do Sec. XVII. Já independente, um novo ciclo econômico surgiu, agora com o café. Esse momento foi fundamental para o desenvolvimento do Estado de São Paulo, que acabou por tornar-se o mais rico do país.

Apesar de ter dado, ao longo da década de 90, um salto qualitativo na produção de bens agrícolas, alcançando a liderança mundial em diversos insumos, com reformas comandadas pelo governo federal, a pauta de exportação brasileira foi diversificada, com uma enorme inclusão de bens de alto valor agregado como joias, aviões, automóveis e peças de vestuário.

Hoje, a pauta do Brasil é considerada moderna e diversificada, incluindo aviões. Atualmente o país está entre os 20 maiores exportadores do mundo, com US\$ 118 bilhões (em 2005) vendidos entre produtos e serviços a outros países. Mas com um crescimento vegetativo de dois dígitos ao ano desde o governo Fernando Henrique, em poucos anos a expectativa é que o Brasil esteja entre as principais plataformas de exportação do mundo.

Em 2004, o Brasil começou a crescer consistentemente, devido à estabilidade econômica alcançada pelo Plano Real durante o governo FHC e pelo desempenho positivo da política econômica imposta pelo presidente Lula. No final de 2004 o PIB cresceu 4,9%, a indústria cresceu na faixa de 8% e as exportações superaram todas as expectativas.

O Brasil é visto pelo mundo como um país com muito potencial assim como a Índia, Rússia e China. A política externa adotada pelo Brasil prioriza a aliança entre países subdesenvolvidos para negociar commodities com os

países ricos. O Brasil, assim como a Argentina e a Venezuela, vêm rejeitando o projeto da ALCA em discussão, apesar das pressões dos EUA. Existem também iniciativas de integração e cooperação econômica na América do Sul.

Seus maiores parceiros comerciais são a União Europeia, os Estados Unidos da América, o Mercosul e a República Popular da China.

Os acordos são ferramentas poderosas para inserir melhor as empresas brasileiras no mercado internacional, tanto via comércio quanto via investimentos. Essas ações são necessárias porque, em 2015, as vendas externas brasileiras caíram 15,1% em relação a 2014. Foi a quarta queda consecutiva das exportações. Em agosto de 2016, os produtos brasileiros só têm acesso facilitado, livre de tarifas de importação e barreiras não tarifárias, a menos de 8% do mercado internacional, enquanto os dos Estados Unidos atingem 24%, os da União Europeia 45% e México, 57%. O Brasil já começou a fazer acordos com países da América do Sul como Peru, Chile e Colômbia. Mesmo as negociações sendo limitadas, este é um primeiro passo para ampliar o mercado das empresas nacionais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das tendências característica do pós-guerra no que se refere ao comércio internacional foi a necessidade de integração econômica regional, constituindo um elemento dinâmico do atual movimento de reordenação das relações internacionais, rumo a uma nova ordem global.

O processo de integração econômica pode ocorrer em vários níveis, desde a integração mais superficial até a mais complexas. A integração é dita superficial quando existem alterações apenas nas questões econômicas. Porém quando as mudanças atingem tanto as esferas econômicas quanto as sociais e políticas, a integração é dita profunda, ou complexa.

Na integração meramente econômica estão os acordos de preferências tarifárias, as zonas de livre comércio e as uniões aduaneiras. Na integração

que envolve interferências econômicas sociais e políticas estão o mercado comum e a união econômica.

O processo de globalização tem sido apresentado como um fenômeno que provoca a abertura simultânea das economias nacionais e, em consequência, capaz de gerar uma mundialização homogênea.

REFERÊNCIAS

OBSTFELD, Maurice; KRUGMAN, Paul R. - **Economia Internacional**. Madrid: Pearson Educación, 2006. ISBN 978-84-7829-080-2

ROMÃO, António - **Comércio Internacional. teorias e técnicas**. Lisboa: Instituto do Comércio Externo de Portugal - ICEP, 1991. depósito legal: 48015/91

ESTUDO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO POR IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO JUIZ COM BASE NO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL DE 2015

TAYSE GLEYSE DE JESUS PEREIRA:
Acadêmica do curso de Direito na Faculdade
Guanambi - FG/CESG.

RESUMO: Este é um estudo de revisão de literatura de teor científico acadêmico. Assim, tem-se por base a análise da suspensão do processo por impedimento e suspeição do juiz sob o amparo no novo Código Processual Civil – CPC, explorando os casos de impedimento e suspeição na importância da existência recursos para a realização da justiça na prestação do serviço jurisdicional. Para tanto, foi realizado uma revisão de literatura a respeito do Código Processual Civil, publicado no ano de 2015; das características jurídicas de suspeição e impedimento; da imparcialidade do juiz na prestação de serviços jurídicos; da irretratabilidade da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo; e da impossibilidade de arguição, pela parte, de suspeição do juiz por motivo de foro íntimo; por meio de livros, artigos de cunho científico/jurídico e a legislação brasileira vigente. Em soma, este estudo foi moldado de modo a ter um teor qualitativo, tendo a exposição do novo CPC sobre o caráter jurídico da suspensão do processo por impedimento e suspeição de juízes. Ao fim, constatou-se a importância atrelada à utilização dos mecanismos legais, impedimento e suspeição, para o cumprimento da justiça efetiva, onde nota-se que a imparcialidade deve se manter presente na realização do processo jurídico, almejando neutralidade do corpo avaliador, auxiliares da justiça e magistrado, criando a justa garantia do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Código Processual Civil; suspensão do processo; impedimento; suspeição.

ABSTRACT: This is a literature review of academic scientific content. Thus, it is based on the analysis of the suspension of the process because of the impediment and suspicion of the judge under the protection in the new Civil Procedure Code - CPC, exploring the cases of impediment and suspicion in the importance of the existence of resources for the realization of justice in the provision of Judicial service. For that, a literature review was carried out

regarding the Civil Procedure Code, published in 2015; Of the legal characteristics of suspicion and impediment; The impartiality of the judge in the provision of legal services; The irrecoverability of the declaration of suspicion on the grounds of intimacy; And of the impossibility of arguing, on the part of the court, for suspicion by reason of an intimate forum; By means of books, articles of a scientific / legal nature and current Brazilian legislation. In sum, this study was shaped so as to have a qualitative content, with the new CPC's exposure on the legal nature of the suspension of the process by impediment and suspicion of judges. Finally, it was noted the importance attached to the use of legal mechanisms, impediment and suspicion, for the enforcement of effective justice, where it is noted that impartiality must remain present in the legal process, aiming at the neutrality of the evaluating body, auxiliaries Of justice and magistrate, creating the just guarantee of the process.

KEY WORDS: Code of Civil Procedure; Suspension of proceedings; Impediment; suspicion.

1. INTRODUÇÃO

Para conceitualização, tem-se estabelecido que “o impedimento tem caráter objetivo, enquanto que a suspeição tem relação com o subjetivismo do juiz. A imparcialidade do juiz é um dos pressupostos processuais subjetivos do processo” (STF, 2015).

No que tange, ao fomento do impedimento destaca-se por haver “presunção absoluta (*juris et de jure*) de parcialidade do juiz em determinado processo por ele analisado, enquanto na suspeição há apenas presunção relativa (*juris tantum*)” (STF, 2015).

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, especificadamente nos artigos 144 e 145, houve uma ligeira alteração com relação a disciplina que trata sobre impedimento e suspeição de juízes, justificando-se por dar origem a novas formas e causas de impedimento tornando os magistrados ainda mais imparciais. Em resumo, o artigo 144, inciso . III, §3o., que intensificou o impedimento que é constado no artigo. 134, inciso IV, do novo CPC bem como o artigo. 144, inciso. VIII, que no apresentou uma nova forma de impedimento completamente ousada (LINDOSO, 2015).

Sob esta ótica (STF, 2015), pontua que o impedimento e suspeição estão previstas nos artigos 144 a 145, do Código de Processo Civil (CPC), em relação aos seus fatores causais, e tratam da questão da imparcialidade do juiz no exercício de sua função. Assim, torna-se dever do juiz se declarar impedido ou suspeito, podendo alegar motivos de foro íntimo.

O CPC dispõe, por exemplo, que o magistrado está expressamente impedido de exercer as funções que competem ao seu respectivo cargo. Obrigações em processos de que for parte ou neles tenha atuado como advogado. O juiz será considerado suspeito por sua parcialidade quando for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes, receber presente antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes sobre a causa, entre outros (LINDOSO, 2015).

Sobre este tema vale ressaltar que, não é mais preciso que a parte interponha a exceção de suspeição e impedimento como antes eram realizadas, basta apenas que ao tomar conhecimento do fato que no senso comum ,compreende-se a existência de incompatibilidade de atuação do magistrado comprometendo assim sua parcialidade. (SAMPAIO JÚNIOR, 2016).

Neste sentido, Sampaio Júnior (2016) fomenta que essa alteração é muito profunda, pois no sistema atual se utiliza essas exceções para aguardar que qualquer atitude venha somar , já que basta o seu intento para que se suspenda o processo, o que levou-se a interpretar o texto normativo em referência conforme a Constituição e em alguns casos, priorizando a devida celeridade, em especial em feitos eleitorais, não suspendíamos automaticamente.

Com o artigo 144, inciso III, §3o., compreende-se que o impedimento do juiz ocorre por que o desempenho das atividades desenvolvidas no escritório jurídico de que faça parte “seu esposo (a) ou qualquer pessoa que possua vínculo de parentesco, consanguíneo afim, colateral ou em linha reta, somente até o terceiro grau” (Codigo de Processo Civil , 2015), deste modo não sendo unicamente em função da atuação do próprio individuo, situação que deixava brechas para a burla da lei (LINDOSO, 2015).

Desta forma, pode-se considerar que a atividade jurisdicional como um todo, é realizada sob a imparcialidade do juiz sobre o caso. Assim, a

imparcialidade do magistrado é visível sob dois aspectos relevantes, subjetivo e objetivo. Neste aspecto subjetivo, pode-se expressar como a neutralidade do juiz na igualdade entre as partes (MENDONÇA, 2015).

Com isso, não adiantará que, para se evitar o impedimento de um magistrado, a parte contrate advogado de outro escritório de advocacia, se ainda se mantiver a relação de clientela com o escritório jurídico do cônjuge do magistrado. O impedimento, nesta hipótese, perpetua-se: o Código se mostra cético, e adota uma postura cautelosa ao querer evitar qualquer situação que possa ensejar temor de parcialidade do magistrado (LINDOSO, 2015).

Assim, a suspensão do processo por impedimento e suspeição do juiz com base no novo Código Processual Civil está intimamente ligada ao próprio exercício da prestação jurídica e o CPC de 2015 ampliou os casos de modo a assegurar que na prática os juízes que, de alguma forma, tenham qualquer tipo de relação com o objeto litigioso ou com as pessoas envolvidas, mesmo que de forma oblíqua, não processem nem julguem os feitos com tais peculiaridades, posto que influenciam na isenção do julgador (CARVALHO, 2016).

Sob essa questão, o presente estudo almeja analisar a suspensão do processo por impedimento e suspeição do juiz sob o amparo no novo Código Processual Civil (2015), explorando os casos de impedimento e suspeição na importância da existência recursos para a realização da justiça na prestação do serviço jurisdicional.

2. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A constituição Federal Brasileira de 1988, não elucida de forma expressa o princípio aqui mencionado, no entanto, a imparcialidade exercida pelo juiz é indispensável para que não surja nenhum vício que possa colocar em dúvida a paridade que deve existir entre as partes no decorrer do processo, sobretudo na sentença que se encontre transitado em julgo ([DONIZETTI](#), 2016).

Especificadamente em seu artigo 5º, a Constituição Federal faz uso do princípio definido como Juiz Natural, no seu inciso XXXVII explicita a proibição do juiz ou tribunal de execução, levando em consideração que todas as possíveis causas deverão ser julgadas pela autoridade competente sendo previamente constituída (FRIEDE, 2016).

Sendo assim, busca-se evitar que as partes possam ter a possibilidade de escolher ou selecionar o juiz, buscando alcançar vantagens e conseqüentemente colocando em dúvida a real imparcialidade, haja visto que o juiz possui livre ideologia diante os fatos que serão demonstrados no corpo do processo para no fim proferir uma sentença (DONIZETTI, 2016).

Com o surgimento do impedimento da criação do tribunal especializado em execução, é forçado que a propositura da ação possa ocorrer no específico tribunal, sendo sujeitada as regras que acompanham a competência, para que deste modo não exista criação de juízos que possuam o intuito de dar favorecimento a um determinado individuo ou grupo (BEZERRA, 2015).

A despeito das eventuais dificuldades de se provar que subsiste uma relação de clientela com o escritório do cônjuge (etc.) do magistrado, quando a parte já é patrocinada por advogado de outro escritório, a nova configuração dos impedimentos do juiz servirá para ilidir com efetividade situações que infelizmente ocorrem com frequência nos tribunais brasileiros (LINDOSO, 2015).

De acordo Gonçalves (2010), pode-se compreender que a imparcialidade adotada pelo juiz é inegavelmente um primordial pressuposto de validade do processo, logo, caso a imparcialidade do juiz seja colocada em questionamento há automaticamente a ausência de um pressuposto de validade, desencadeando conseqüências, que possuem previsão legal ao processo, haja visto que este é um fator que automaticamente impede que o processo possa alcançar sua devida finalidade.

Correia (2009) pontua que a imparcialidade do magistrado nada mais é que um pressuposto processual subjetivo indispensável à instauração regular do desenvolvimento do processo. Nesta ideologia apresentada, existe a presença do fator da subjetividade confirmando diretamente que a suspeição ou o impedimento fazem relação neste sentido, e podem comprometer sua livre confecção no andamento processual.

3. DIFERENÇA DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO

Por mais que possam ser semelhantes, estes institutos apresentam peculiaridades que fazem grande diferença ao longo do processo. A priori vale apresentar, que no que se refere ao impedimento, a própria jurisprudência explicita que é vetado ao magistrado, julgar as situações que se encontram determinadas na suspeição, sendo assim, o legislador somente demonstra que nos casos expressos o juiz encontra-se suspeito declarando que é necessário que este se afaste do caso em resolução ([DONIZETTI, 2016](#)).

Gonçalves (2010) sobre este tema nos traz o seguinte posicionamento:

No que se refere ao impedimento é completamente vedada a participação no processo, haja visto que é mais intensa a possibilidade de que não venha a permanecer isento e equidistante na condução do processo; na suspeição, o risco é menor, mas mesmo assim é conveniente que ele se afaste, pois ainda há o potencial risco de falta de isenção.

Tanto a suspeição quanto o impedimento existe a possibilidade do juiz possuir alguma forma de interesse no processo assim, de certo modo levando sua imparcialidade a questionamento, contudo, na suspeição, como é defendido no pensamento do doutrinador o interesse é bem menor, haja visto que a relação entre o juiz e as partes ou diretamente ligado ao processo é menor do que o juiz possui em situações que causem impedimento ([DONIZETTI, 2016](#)).

O impedimento é caracterizado por possuir uma natureza jurídica de ordem objetiva, se falando em suspeição, possui natureza subjetiva. Ou seja, quando há causas de impedimento ocorre a presunção absoluta de total parcialidade do juiz no processo em que este se encontra impedido, por conta da objetividade da própria exceção processual. A suspeição acontece apenas com a presunção relativa da parcialidade, já que a imparcialidade do juiz compõe um dos pressupostos processuais considerados subjetivos no processo. (MENDONÇA, 2015).

Já nos casos de impedimento, o juiz não possui uma fórmula de garantir que aja imparcialidade por sua parte, haja visto que existe uma relação direta com os elementos que taxativos existentes. A suspeição por sua vez, ele possui relação, contudo, existe a possibilidade de declarar-se suspeito ou não, estando a todo momento a seu critério estipular o grau de vínculo com a situação bem como o nível de comprometimento que possa ser empecilho para que a imparcialidade seja total. O impedimento por si traz a presunção absoluta que nada mais é do que *juris et de jure* e a suspeição nos traz a presunção relativa, *juris tantum* (DONIZETTI, 2016).

(...) suspeição é imprescindível para que haja a conservação do prestígio adquirido nas decisões judiciais, é de total relevância que não exista dúvida alguma com relação aos motivos de ordem pessoal que possam influenciar nos ânimos do julgador. Contudo, não deve ser sob nenhuma hipótese violado o princípio da imparcialidade, por motivos pessoais do julgador, o que afetem sua decisão e a faça ser tendenciosa e gere incertezas. Para que isso não ocorra existem os institutos jurídicos do impedimento e da suspeição. (Humberto Theodoro).

O Magistrado tem por obrigação garantir as partes litigantes que haja total imparcialidade para que possa ser possível dar andamento ao processo, é necessário que ambas as partes não restem dúvida a respeito deste. A Jurisprudência elenca, os específicos motivos que podem ser suficientes para haver o afastamento do juiz de qualquer processo que seja considerado suspeito. O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 traz duas ordens que causam este impedimento. O artigo 144, cunho objetivo, peremptório e a suspeição, artigo 145, ao qual o reconhecimento caso não seja declarado de ofício pelo juiz demanda-se como prova (BEZERRA, 2015)..

Os impedimentos taxativamente causam um terrível obstáculo no exercício da jurisdição contenciosa ou até mesmo voluntária, podendo ser em qualquer tempo do processo arguidos, com reflexos sobretudo na coisa que esta sendo julgada, mesmo que após o trânsito em julgado da sentença a parte que tenha sido lesada pode rescindir a decisão, o artigo 966 inciso

II do Código de Processo Civil de 2015 traz a base necessária para a fundamentação desta afirmação ([DONIZETTI](#), 2016).

O não impedimento por ser requisito subjetivo do processo em relação ao magistrado, se consubstancia em questão referente a ordem pública sendo cognoscível em qualquer grau de jurisdição ou tempo (FRIEDE, 2016)..

Embora a suspeição por si, constitua pressuposto processual para validade. Se não for arguida em oportuno momento, é totalmente envolvida pela coisa julgada. No entanto, quando se trata do impedimento existe presunção absoluta de parcialidade do juiz, já na suspeição a presunção é relativa podendo ser admitido proa em sentido contrario ([DONIZETTI](#), 2016).

De acordo o Artigo 144º no Código de Processo Civil de 2015, o juiz pode ser impedido de atuar nos seguintes casos que envolvam jurisdição contenciosa ou voluntária:

I – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II – de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III – quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV – quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V – quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

Este impedimento foi aplicado também em casos que a parte não é somente assistida judicialmente pelo conjure parente ou companheiro do magistrado, como também este for cliente de algum escritório de advocacia

onde estas pessoas sejam membros. Fundamentação encontrada no Artigo 144 VIII, do Código de Processo Civil (2015).

VI – quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII – em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII – em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX – quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

Em hipóteses que envolvam o inciso III, só é verificado o impedimento quando os indivíduos ali citados, já haviam integrado a causa quando o juiz obteve informações referentes ao processo. A lei proíbe totalmente a troca de advogado com o objetivo de causar o impedimento do juiz. Fundamentação encontrada no artigo 144, §2º, do Código de Processo Civil de 2015.

O código de Processo civil de 2015 traz também um dispositivo que trata do impedimento que ocorre quando a figura do processo é uma instituição de ensino na qual o magistrado mantenha uma relação de emprego ou qualquer vínculo oriundo de prestação de serviços diversos. Como é de conhecimento, o juiz ao longo de sua carreira pode acumular cargos públicos que inclusive estão previstos no inciso XVI, B, do artigo 37 da Constituição Federal Brasileira.

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

Essa acumulação vale para instituições públicas de ensino, não existindo qualquer limitação de acumulação quanto à prestação de serviços em instituições privadas. Em todo o caso, sendo o juiz empregado ou prestador de serviços de instituição de ensino pública ou privada, as ações em que estas figurarem como partes terão que ser submetidas ao seu sucessor (BEZERRA, 2015).

Vale destacar que para as provas de concursos, que a hipótese do inciso VI é tratada pelo Código de Processo Civil de 1973 como causa de suspeição. A mudança tem fundamento, haja visto que nessas hipóteses dificilmente a condição do magistrado não influencia a condução do processo (FRIEDE, 2016).

Referente à suspeição, será verificada quando o juiz:

I – for amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II – receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV – interessado no julgamento de causa em favor de qualquer das partes.

As razões expressas no artigo 145, do Código de Processo Civil de 2015, o juiz pode declarar-se suspeito por questão de foro íntimo, não estando nestas situações obrigado a explicitar a causa para a solicitação de suspeição. Fundamentação encontrada no artigo 145, §1º, Código de Processo Civil de 2015.

O Código contempla uma hipótese especial de impedimento, que pode se dar tanto em primeiro como em segundo grau. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, o primeiro que conhecer da causa impede que o outro atue no processo, caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal (art. 147, CPC/2015).

As causas de haver impedimento e suspeição aplicam-se ao Ministério Público, aos auxiliares da justiça e aos demais sujeitos imparciais do processo, como determina o artigo 148, do Código de Processo Civil de 2015.

4. RECUSA DOS IMPEDIDOS OU SUSPEITOS

Não existindo quaisquer declaração tanto de impedimento quanto de suspeição seja por parte dos impedidos ou pelos suspeitos, estes poderão ser recusados por qualquer uma das partes envolvidas ([DONIZETTI](#), 2016).

Esta recusa pode ser manifestada das seguintes maneiras:

- Caso o impedimento ou suspeição seja por parte do juiz: a parte deverá alegar dentro do prazo de quinze dias a ser contada na data em que houve conhecimento, este deve ser por meio de uma petição fundamentada, que pode ser instruída de documentos e rol de testemunhas como determina o artigo 146, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015. Sobre o impedimento, embora a regra estipule que deva ser suscitado período relativo a quinze dias, não se faz presente a preclusão, de modo que é possível ser arguido a qualquer tempo, ou seja, na fase recursal também; acabando o prazo para interpor o recurso, pode se constituir causa para o ajuizamento de uma ação rescisória;
- Em situações em que o impedimento ou suspeição seja dos demais agentes que estão previstos no artigo . 148, do Código de Processo Civil de 2015: a parte deverá se manifestar na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos.

Tratando-se de impedimento do juiz, se depois de recebida a petição este não reconhecer o impedimento ou a suspeição, deverá remeter os autos imediatamente ao seu substituto legal (art. 146, §1º, CPC/2015). Caso contrário, determinará a autuação do incidente em apartado e, no prazo de quinze dias, dará as suas razões, acompanhadas ou não de documentos e rol de testemunhas. Posteriormente, remeterá o processo ao tribunal, ficando o relator incumbido de declarar os efeitos (suspensivo ou não) em que o incidente é recebido. (DONIZETTI, 2016).

Em situações onde o incidente seja recebido com efeito suspensivo, o processo irá permanecer suspenso até o que haja o seu julgamento, no entanto os pedidos de tutelas de urgência serão permitidos serem solicitados ao substituto legal. Esta fundamentação encontra-se no artigo 146, §3º, do Código de Processo Civil de 2015.

Deste modo, caso esteja presente uma situação de risco e a demora na prestação jurisdicional possa vir a causar algum dano incorrigível ou uma falha de reparação, a parte poderá pleitear a concessão da tutela de urgência ao juiz que tenha sido designado pela norma de organização judiciária para substituir o magistrado que foi impedido ou suspeito (BEZERRA, 2015).

Ressalte-se, no entanto, que os demais atos urgentes não podem ser realizados enquanto o processo estiver suspenso em razão da arguição de parcialidade, nos termos do art. 314, CPC/2015 (...) Verificando que a alegação de impedimento ou de suspeição é improcedente, o tribunal rejeitá-la-á. Acolhida a alegação, tratando-se de impedimento ou de manifesta suspeição, condenará o juiz nas custas e remeterá os autos ao seu substituto legal. Neste caso, pode o juiz recorrer da decisão (art. 146, §4º, CPC/2015).

Vale frisar que arguição de impedimento ou da suspensão de testemunha segue os procedimentos que foram elencados. Em situações onde a parte deseje contraditar a testemunha, deverá realizá-la antes que seja dado início ao procedimento de depoimento como mostra o artigo 457, §1º, do Código de Processo Civil de 2015.

O procedimento adotado para demais casos de impedimento e de suspeição (art. 148, CPC/2015) é um pouco diferente, porquanto não se suspende o processo e o incidente é julgado pelo juiz da causa ou pelo relator, caso o processo encontre-se no tribunal. Nesses casos – impedimento ou suspeição dos auxiliares ou membros do Ministério Público – ainda será possível a interposição de agravo de instrumento em face da decisão que julgar o incidente (art. 148, §2º, CPC/2015).

Por fim, esclarece-se que a arguição de impedimento ou de suspeição de testemunha não segue o procedimento visto. Nas hipóteses em que a parte quiser contraditar a testemunha, deverá fazê-la antes do início do depoimento (art. 457, §1º, CPC/2015), e não em petição apartada, como mostra o artigo 457 (BEZERRA, 2015).

5. IRRETRATABILIDADE DA DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO

Embora a doutrina possua o entendimento de que a vasta irretratabilidade da declaração de suspeição, independentemente da razão estabelecida, a declaração que seja feita por foro íntimo, pelo fato de se formar com base nas hipóteses defendidas pelos doutrinadores como sendo a e maior subjetivo, entre as que estão previstas dentro da legislação processual civil em vigência, apresenta-se como a que possui maiores elementos do tem em questão ([DONIZETTI](#), 2016).

A subjetividade existentes nos motivos de foro íntimo bem como a intangibilidade contida nesta declaração não possibilita uma criteriosa aferição, permitindo, ao contrário, uma significativa parcela de arbítrio por

parte do juiz que deve ser, de algum modo e em alguma situação, restringida (BEZERRA, 2015).

A imparcialidade do juiz é princípio básico do processo, pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. O juiz que se declara suspeito por motivos de natureza íntima, fica afastado definitivamente do processo e não mais pode retornar a ele. (TJ, 2003).

O juiz, uma vez que se declara suspeito, fica impedido definitivamente de prosseguir no processo, ainda quando ao seu substituto pareça infundado o motivo da suspeição jurada. Não importa que, ao declarar-se suspeito, o magistrado tenha agido certa ou erradamente (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2005).

6. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO, PELA PARTE, DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO

Seguindo um entendimento unânime feito com base na doutrina, é inexistente a arguição, por parte, da suspeição estabelecida por motivo de foro íntimo, isto ocasiona porque, como o próprio nome sugere, foro íntimo possui uma natureza de cunho estritamente pessoal. Em soma, a afirmativa de suspeição por parte do juiz, por razões íntimas, é facultas de seu exclusivo arbítrio, no entanto, condicionado tão somente a sua irrestrita defesa pela permanente presença, na sua atividade jurisdicional, dos elementos mínimos imprescindíveis à garantia do devido processo legal.

“(...) É óbvio que a parte não pode arguir suspeição do juiz por foro íntimo, pois isto só o magistrado pode fazer. (...)” (TRF, 2003). Sob a mesma perspectiva, a jurisprudência também transparece ser unânime ao cristalizar que a permanente impossibilidade de arguição de exceção de suspeição do juiz fundada em motivação de foro íntimo, concluindo pela possibilidade apenas nas demais hipóteses expressamente contempladas na lei processual.

“As hipóteses em que a parte pode arguir a suspeição do juiz são as taxativamente enumeradas no CPC”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2001). “Os

dispositivos referentes à suspeição, por constituírem normas de exceção, não admitem interpretação extensiva, e as causas que a justificam são exclusivamente as enumeradas em lei.” (TJ, 2003).

A exceção de suspeição é matéria de direito estrito. Assim, só podem ser invocadas, para a recusa do Julgador, as hipóteses previstas em lei (TJ, 2001).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Código Processual Civil apresenta meios para reduzir a lentidão no processo, onde cria um ambiente para evitar a ocorrência da parcialidade do juiz na prestação jurisdicional.

Com base na análise dos casos de impedimento e suspeição, expostos no novo CPC, observa-se a importância atrelada à utilização desses mecanismos legais para o cumprimento da justiça efetiva no que se refere a prestação do serviço jurisdicional. Assim, tendo por fundamentação principal a existência da garantia de julgamento imparcial, caracterizado como direito fundamental, ignorar sua existência implica no desrespeito evidente dos Direitos Humanos, pondo em risco dignidade dos cidadãos.

Nesse contexto, nota-se a desnecessariedade da parte em alterar o impedimento e suspeição, restando apenas que em tomar ciência do fato que no seu relato não é compatível a atuação observada do magistrado, comprometendo a sua imparcialidade, não mais suspendendo automaticamente o curso do processo, pois a aplicação do recurso suspensivo será estudada de forma particular.

Para tanto, carece atentar-se sempre as possibilidades das defesas para se verificar a aplicabilidade da análise das causas de suspeição e impedimento, como medida comprobatória de caso processual oferecida aos cidadãos. Neste sentido, podendo ser executado em causas de suspeição como de impedimento, onde deve-se sempre prevalecer os interesses dos cidadãos, caso exista dúvida referente a imparcialidade magistrado.

Portanto, fica claro que a imparcialidade deve se manter presente na realização do processo jurídico, almejando neutralidade do corpo avaliador, auxiliares da justiça e magistrado, criando a justa garantia do processo.

REFERÊNCIAS

AMÍLCAR, Nadu. **Novo CPC – Dos Impedimentos e Da Suspeição. Arts. 114 a 118 do Anteprojeto do Código de Processo Civil.** Publicado em 2017. Disponível em: . Acesso em 07 de abril de 2017.

BEZERRA, Alberto. Novo CPC: Incidente de suspeição por amizade de juiz CPC/2015. Publicado em 2015. Disponível em: . Acesso em 07 de abril de 2017.

BOGA, Ludmilla. **Da suspeição e do impedimento do juiz no Processo Civil.** Publicado em 2015. Disponível em: . Acesso em 07 de abril de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973.** Brasília: Senado, 1973.

CARVALHO, Fabio Rodrigues. **Impedimento e Suspeição no Novo CPC.** Publicado em 2016. Disponível em: . Acesso em 07 de abril de 2017.

CORREIA, Marcus Orione. **Teoria Geral do processo.** 5^o edição, Editora Saraiva, 2009.

CPC. **Código de Processo Civil – 2015.** Vade Mecum, Editora Saraiva, 2015.

[DONIZETTI](http://genejuridico.com.br/2016/07/820/impedimentos-e-suspeicao-do-magistrado/), Elpídio. **Impedimentos e suspeição do magistrado.** Publicado em 2016. Disponível em: [<http://genejuridico.com.br/2016/07/820/impedimentos-e-suspeicao-do-magistrado/>](http://genejuridico.com.br/2016/07/820/impedimentos-e-suspeicao-do-magistrado/). Acesso em 07 de abril de 2017.

FRIEDE, Reis. **Suspeição por motivo de foro íntimo à luz do CPC/2015.** Revista de Doutrina da 4^a Região, Porto Alegre, n.72, jun. 2016. Disponível em: . Acesso em 08 de abril de 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 7ª ed. Saraiva, p. 30, 2010.

GUIMARÃES, Caio. **Nulidades processuais e as suas perspectivas no Novo CPC**. Publicado em 2016. Disponível em: . Acesso em 06 de abril de 2017.

LINDOSO, Paulo. **Impedimento do juiz no novo CPC**. Publicado em 2015. Disponível em: . Acesso em 06 de abril de 2017.

MENDONÇA, Crystianne da Silva. **Impedimento e suspeição no Código de Processo Civil brasileiro**. Publicado em 2015. Disponível em: . Acesso em 06 de abril de 2017.

RIBEIRO, Olívia. **Novo CPC: o que mudou na alegação de impedimento e suspeição? - Publicado em 2016. Disponível em: . Acesso em 07 de abril de 2017.**

SANCHES, Maria. **Prática Jurídica Processo Civil**. Publicado em 2016. Disponível em: <http://praticajuridica.blogspot.com.br/2016/0552555/impedimento-e-suspeicao-no-cpc15-do.html>>. Acesso em 05 de abril de 2017.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Procedimento para alegação de impedimento e suspeição do Juiz no novo CPC**. Publicado em 2016. Disponível em: . Acesso em 08 de abril de 2017.

SILVA, Cláudio Ribeiro. **Exceção de Suspeição**. Publicado em 2016. Disponível em: . Acesso em 04 de abril de 2017.

SOUZA, Jackson Douglas. **Do impedimento e da suspeição**. Publicado em 2016. Disponível em: . Acesso em 08 de abril de 2017.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Entenda as diferenças entre impedimento e suspeição. Publicado em 2015. Disponível em: . Acesso em 08 de abril de 2017.

TJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ac. unân. da 1ª Câ. do TJ-MT**, na exc. de susp. 87, rel. Des. Carlos Avalone, RT, v. 590, p. 232, 2003.

_____. **Ac. unân. da Câ. Esp. do TJ-SP**, na exc. de susp. 1.000-0, rel. Des. Dalmo do Valle Nogueira; RT, v. 565, p. 95, 2001.

_____. **Ac. da 1ª Câ. do TJ-RS**, Ap. 203.023.969, rel. Juiz Lio César Schmitt, JTA-RS, v. 48, p. 443, 2003.

TRF – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **TRF – REO. Nº 2302010349629**, 2ª T., rel. Desembargador Federal Antonio Cruz Netto, DJU, 2003.

_____. **Ac. 1ª T./TRF – 3ª R.**, Ap. 05.03.04179/SP (U.), rel. Juiz Jorge Scartezini, Rev. Adcoas, BJA 25, 133.337, p. 384, 2005.T

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

ILLA KARLA RAMOS ARAUJO:
Advogada.

1 O INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Um das maiores inovações do novo Código de Processo Civil de 2015 foi o instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente, previsto nos artigos 303 e 304 da referida legislação.

O diploma processual em vigor dispõe que a tutela antecipada concedida nos termos do artigo 303, leia-se, tutela antecipada requerida em caráter antecedente, se torna estável se não for interposto o respectivo recurso contra a decisão que a conceder.

Assim, o CPC/15 estabelece que a tutela antecipada satisfativa requerida de forma antecedente ao pedido principal, uma vez concedida pelo órgão jurisdicional, se estabilize e sobreviva como decisão judicial idônea a regular a crise de direito material, sem que seja necessário se interpor um processo principal de cognição exauriente para discutir a matéria.

Tornando-se estável, a tutela antecipada antecedente, o processo se extinguirá e a tutela de urgência continuará a produzir seus efeitos concretos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito. Entretanto, se contra a decisão que concede a medida de urgência antecipada não for interposto recurso, mais especificamente um agravo de instrumento, conforme assevera o art. 1015, I, CPC, esta não tornar-se-á estável.

Ao ser extinto o processo pelo qual houve a concessão da medida satisfativa antecedente objeto de estabilização, desejando a parte - qualquer das partes poderá demandar, nos termos do 304, § 2º, CPC/15 - obter rediscussão sobre a questão, esta não ocorrerá no mesmo processo, sendo necessário que seja interposta uma nova ação, onde o autor desta requererá

que a decisão que concedeu a referida medida, seja revista, reformada ou invalidada.

A nova demanda interposta com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estável deverá ser interposta no lapso temporal de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, tal como estabelece o artigo 304, § 6º, do CPC/15. Note-se ainda que, neste caso, o juízo competente para processar tal feito será o mesmo que proferiu a tutela estabilizada, contemplando a legislação processual em vigor, uma hipótese de competência absoluta prevista no § 4º, do dispositivo outrora mencionado.

Deste modo, a principal finalidade do mecanismo da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente seria o de conservar os resultados práticos auferidos pela medida de urgência, diante da inércia do réu, na busca de uma prestação jurisdicional mais efetiva e célere, na medida em que confere às partes a faculdade de se conformar com a decisão que concede a tutela antecipada antecedente, não mais se valendo de um processo de cognição exauriente, materializando uma gama de valores constitucionais como a ampliação do acesso à justiça, a duração razoável do processo e a primazia do julgamento de mérito.

2 O QUE SE ENTENDE POR NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Mais uma vez visando a promoção da eficiência e celeridade processual, o Novo Código de Processo Civil regulamentou mais uma no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto chamado Negócio Jurídico Processual.

A bem da verdade, o negócio jurídico processual não é integralmente uma novidade visto que, já no Código de Processo de 73, existiam algumas passagens que o consubstanciava expressamente. Ocorre que, com o advento do CPC/15 tal mecanismo fora aprimorado e alargado.

Pois bem, entende-se por negócios jurídicos processuais é um instituto que possibilita às partes o poder de moldar determinadas situações jurídicas processuais na medida em que, poderá escolher o regramento jurídico que

Ihe for conveniente em determinado caso, desde que não ultrapasse os limites fixados pela ordem jurídica.

A título de exemplo, o mais comum inclusive, tem-se a cláusula de eleição de foro, prevista no art. 63 do CPC, que confere aos sujeitos a faculdade de alterar o foro competente para julgar a lide anteriormente à interposição da demanda, ou seja, as partes elegem expressamente e de forma escrita o foro - e não o juízo – em que será interposta a ação, prorrogando-se voluntariamente a competência.

Mas não é só, existem uma série de negócios processuais consubstanciados na legislação processual em vigor, como a convenção de redistribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º), convenção de arbitragem (art.3º, § 1º), a escolha consensual do perito (art. 471), negócio tácito para que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65), adiamento negociado da audiência (art. 362, I), convenção entre os litisconsortes para dividir entre si o tempo das alegações finais orais em audiência (art. 364, § 1º), dentre outros.

Os negócios processuais outrora mencionados são os chamados típicos uma vez que, são previstos expressamente em lei, mas o art. 190, do CPC/15, confere também a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos.

O referido dispositivo estabelece uma clausula geral de negociação do processo, onde autoriza que os sujeitos processuais estabeleçam determinadas alterações no procedimento, acordando sobre faculdades, deveres, poderes e ônus, com a condição de que sejam as partes capazes e, evidentemente que a causa objeto de convenção trate-se de direito que permita a autocomposição.

Registre-se que, o negócio processual pode ser feito antes ou durante o processo e, não pode versar sobre os poderes e deveres do magistrado já que os sujeitos não titularizam tais posições processuais além do que, colocaria em risco a possibilidade de que o juiz emitisse uma tutela jurisdicional adequada, justa e em consonância com o ordenamento jurídico.

É neste viés, inclusive, que ao juiz é outorgado o dever de que fiscalize a regularidade do acordo celebrado pelas partes, a requerimento de uma delas ou ex officio, podendo não permitir a aplicação do negócio ou até mesmo vir a anulá-lo, caso entenda que uma das partes se tornou extremamente vulnerável, que houve vícios sociais, do consentimento ou simulação, ou que não fora preenchido os requisitos formais exigidos – gerais, previsto no art. 104 CC e específicos previsto no art. 190, caput, do CPC/15.

3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL VERSANDO SOBRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

O dispositivo 190 do CPC/15 ao versar sobre os negócios jurídicos processuais, regulamenta-o de forma bem genérica, instituindo a bem da verdade, uma cláusula geral de atipicidade de negócios jurídicos processuais, gerando por sua vez, dúvidas acerca da extensão do seu objeto, já que as partes possuem a faculdade de celebrar negócios não previamente estabelecidos pelo legislador.

Tal como fora dito, segundo o Código de Processo Civil, a tutela antecipada antecedente se estabiliza com a não insurgência da parte contra a decisão que a concede. Deste modo, questiona-se a possibilidade de ocorrer a estabilização da tutela de urgência em virtude do estabelecimento de um negócio jurídico processual ente as partes.

Pois bem, prevalece que não há óbice de haver negociação processual acerca do fenômeno da estabilização da tutela de urgência, na esteira que um dos principais objetivos do CPC/15, foi privilegiar o auto regramento da vontade das partes, permitindo que alterem o procedimento da maneira de como lhe for conveniente, uma vez cumpridos seus requisitos e não atinja a ordem pública.

Assim, as partes poderiam estabelecer a referida convenção com o intuito, por exemplo, de convencionar outras hipóteses além das já prevista em lei, para que ocorra o fenômeno da estabilização da tutela antecipada antecedente ou realizar a convenção especificando outros meios processuais cabíveis destinado à evitar o fenômeno da estabilização.

Neste diapasão, são os ensinamentos de Redondo (2015):

Tampouco há impedimento para a celebração de negócio processual destinado a modificar o regime da tutela antecedente. No caso da tutela antecipada, podem as partes alterar o regime de estabilização, convencionando no sentido do descabimento integral da estabilização apesar da inexistência de impugnação pelo réu. É possível, ainda, convenção para indicar as espécies de atos de resistência (apenas o agravo de instrumento somente a contestação exclusão da reconvenção etc.) que são capazes de impedir a formação da estabilidade.

Há quem sustente ainda, a possibilidade de utilizar a medida para rechaçar a estabilização da tutela antecipada antecedente, aduzindo simplificar a marcha uma vez que inibiria a interposição de recursos, atendendo aos princípios da economia processual, duração razoável do processo e primazia do julgamento do mérito.

Do mesmo modo, caberia a utilização do negócio jurídico processual para alterar o lapso temporal de dois anos estabelecido para que seja interposta a ação de modificação da tutela estável, desde que não ultrapasse o limite temporal prescricional ou decadencial consubstanciado na lei referente ao direito objeto de convenção.

Em consonância com o exposto, assevera o Enunciado 32 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que além das hipóteses prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MASCARENHAS, Caio Gama. **Negócio Jurídico Processual – um instrumento alternativo contra a estabilização da tutela antecipada do CPC/2015**. Mato Grosso do Sul. Disponível em: . Acesso em: 11 fev.2018.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.ed. v.único. Salvador: Juspodivm, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, Modificação e Negociação da Tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. **Revista de Processo**. Ano 40, v.244. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., jun.2015.

O RESSURGIMENTO DO DIREITO ROMANO NA BAIXA IDADE MÉDIA

MARCELE MARQUES RODRIGUES:
Acadêmica pela Universidade de Brasília (UnB).

BISTRA APOSTOLOVA
(Doutora orientadora)

Resumo: O presente artigo visa a ilustrar os diferentes aspectos e nuances no contexto da Baixa Idade Média europeia que foram determinantes para o renascimento do direito romano. O objetivo deste trabalho é igualmente mostrar como aconteceu a recepção da jurisprudência romana em um contexto diverso do qual ela foi pensada e aplicada e quais foram as adaptações necessárias para que essa inserção fosse bem sucedida.

Palavras-chave: Direito, recepção, Baixa Idade Média.

Sumário: 1. Introdução; 2. O ressurgimento do Direito Romano; 2.1 Contexto histórico e fatores para o renascimento do direito romano; 2.1.1 Fatores culturais; 2.1.2 Fatores econômicos; 2.1.3 Fatores sociológicos; 2.1.4 Fatores políticos; 3. O papel das universidades na criação do direito; 3.1 A recuperação dos textos de direito; 3.1.1 A presença do Digesto no século XII na Europa; 3.2 As universidades; 3.2.1 Dos textos ao sistema; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A compreensão do fenômeno do ressurgimento perpassa uma série de aspectos os quais se busca elucidar no decorrer deste trabalho. O renascimento do direito romano está atrelado às modificações sofridas pela sociedade na passagem da Alta para a Baixa Idade Média. A sofisticação das formas políticas, o ressurgimento das cidades e do comércio e o crescimento populacional tornaram o ambiente europeu da Baixa Idade Média altamente propício ao recebimento de influxos do direito romano.

O surgimento de novas relações sociais e econômicas carecidas de regulamentação demandava por uma unidade jurídica. Igualmente, a unidade política e religiosa, que gradativamente se consolidavam, demandavam por essa unidade no âmbito do direito. Presenciava-se a

urgente necessidade de constituir um ordenamento jurídico dotado de estabilidade e previsibilidade, apto a garantir a segurança jurídica de que requer essa nova ordem econômico-social.

As universidades surgirão também nessa época, nos séculos XI e XII, tendo algumas se tornado verdadeiros centros de excelência, sobretudo no ensino jurídico. A grande importância atribuída ao direito, principalmente ao direito romano, ensejou um estudo aprofundado desta disciplina nas universidades. Assim, o sistema do direito e o ensino jurídico medieval vão se desenvolver no ambiente acadêmico, tendo esta grande importância na consolidação do sistema romano, que servirá de base para diversos ordenamentos jurídicos no Ocidente.

2. O ressurgimento do Direito Romano

O renascimento do direito romano data do final do século XII e início do século XIII. Após passar séculos quase totalmente esquecida, a jurisprudência romana reconquista sua importância. O *Corpus Juris Civilis*, uma obra compilada por Justiniano no século VI, no Império Romano do Oriente, traz a tradição romanista, que, recém-descoberta pelos juristas europeus, se tornará a principal fonte para o estudo do direito romano^[1]. Essa obra será utilizada pela primeira geração de juristas, os glosadores. Assim são intitulados aqueles que fazem as glosas, comentários cujo intuito é de harmonizar o texto, mantê-lo como um todo único e coerente.

A utilização dessa obra como fonte de direito romano, no entanto, exige que se leve em consideração que o contexto de sua produção é completamente diferente do contexto da recepção desse direito, é a retomada de um direito que vai vigorar em uma sociedade diversa daquela para a qual ele foi pensado e praticado. Os juristas da época precisarão, portanto, realizar um complexo exercício intelectual prático para adaptar o direito romano aos tempos da Baixa Idade Média.

O *Corpus Juris Civilis*, fruto da convocação de diversos juristas por Justiniano, uma grande compilação das fontes existentes do direito romano, se divide em quatro livros. O primeiro é o Código, que consiste em uma compilação das ordens imperiais anteriores a Justiniano. O segundo, que constitui a parte mais importante e que vai gerar toda a recepção na Idade

Média, é o Digesto ou Pandectas que, por sua vez, compreende uma compilação de 1500 livros escritos por jurisconsultos do período romano, existindo uma hierarquia entre as opiniões dos jurisconsultos. O terceiro são as Institutas, que são um manual básico do ensino jurídico. O quarto são as Novelas, que são as decisões, os decretos e leis formuladas por Justiniano.

O *Corpus Juris Civilis*, por ter sido criado em Bizâncio, por um imperador romano do Oriente, ficou muito tempo esquecido, uma vez que não teve contato significativo com o Império do Ocidente. Assim, inicialmente, não há grande repercussão dessa obra na Idade Média. O Ocidente medieval teve de construir outras soluções para os conflitos que surgiam.

No contexto de restauração do Império ocidental, no século IX, entendia-se essa restauração como um ressurgimento do Império Romano, cujos atributos políticos foram transferidos para os novos imperadores. Cabe ressaltar aqui a importância que era dada à Igreja na época, uma vez que o Império era entendido como criação destinada a desempenhar o papel de suporte político da Igreja^[2].

Os resquícios do direito romano, redescobertos no século XII no Norte da Itália, são tidos como direito do Império, um direito comum. No entanto, os domínios territoriais, reinos, cidades e senhorios apresentavam direitos próprios, desenvolvidos com base em diversas fontes, que iam desde as tradições jurídicas romanas vulgarizadas, canônicas ou germânicas até a forma consuetudinária, local, de criação de normas e resolução de litígios. Diante dessa pretensão de validade universal do direito comum, até então entendido apenas como direito romano, era improvável que a aceitação fosse imediata.

O pleno renascimento da atividade jurisprudencial nos séculos XIII e XIV apresentou como característica básica: a) unidade e ordenação das diversas fontes do direito (direito romano-justineu, direito canônico e direitos locais); b) unidade do objeto da ciência jurídica (a jurisprudência romano-justineia); c) unidade quanto aos métodos científicos empregados pelos juristas; d) unidade quanto ao ensino jurídico, comum por toda

Europa continental; e) a difusão de uma literatura especializada escrita em uma língua comum, o latim. (MOREIRA, 2002, p. 212).

A recepção do direito clássico pode ser dividida em três momentos. O primeiro, que abrange os séculos XII e XIII, é marcado pela predominância do direito romano sobre os diversos direitos locais. O segundo, que vai do século XIV ao XV, indica o desenvolvimento dos direitos locais como fonte *pari passu* – simultaneamente, proporcionalmente – ao direito de Justiniano. O terceiro e último momento, que se coloca a partir do século XVI, evidencia a supremacia dos preceitos legais régios e das cidades sobre o direito privado clássico[3].

É importante salientar que, com o *Digesto*, que se tornará essencial para o delineamento das relações entre direito comum e direitos locais, é reconhecido que os povos têm a capacidade de criar e instituir o seu próprio direito[4]. Conforme afirma o jurista Baldo, no século XIV, “o fato de um povo existir tem como consequência que existe um governo nele mesmo”. A vigência do direito comum tinha, portanto, que se compatibilizar com a vigência das ordens jurídicas locais, menos abrangentes, sendo elas reais, municipais ou familiares.

A aplicação de um ou de outro direito, destarte, fica a depender do caso concreto. O escopo de aplicação de cada direito se delimitava a partir de a situação do caso concreto estar acobertada ou não pelo direito próprio. Encontrando respaldo legal no direito local, há primazia na aplicação deste sobre o direito comum. O direito comum não é apenas um direito subsidiário, mas é um direito modelo, que dispõe de valores gerais da razão humana, com pretensão de universalidade, aplicável a todas as situações não previstas nos direitos locais. O direito comum atua, portanto, como um critério de razoabilidade no julgamento das soluções jurídicas, reduzindo as soluções dispersas e variadas do direito local a uma ordem racional[5].

O direito romano passa, pouco a pouco, a partir do século XIII, a assumir grande importância nos ordenamentos jurídicos europeus, atuando como fonte de direito na maior parte dos sistemas ali presentes. Ainda que alguns reinos não reconhecessem a supremacia do imperador, o direito

romano era aplicado quando não estava acobertada pelo direito local a matéria em questão. Verifica-se o processo de uniformização do direito à medida da crescente influência dos princípios romanistas sobre o legislador. Assim, o pluralismo jurídico e os problemas trazidos consigo eram gradativamente superados. A posição assumida pelo direito romano, portanto, era de cânone interpretativo da própria legislação dos reinos.

2.1 Contexto histórico e fatores para o renascimento do direito romano

As causas da recepção do direito romano não podem ser elucidadas de forma plena, uma vez que os elementos históricos são insuficientes para responder a essa complexa questão. No entanto, é possível apontar os fatores mais expressivos do contexto europeu dos séculos XII a XIV que impulsionaram o ressurgimento da jurisprudência clássica.

O Renascimento da Idade Média, datado do século XII, é marcado por uma série de transformações nos âmbitos econômico, social, político e cultural. A retomada das cidades e do comércio, a reorganização dos reinos, o início do capitalismo mercantil e a criação das universidades evidenciaram a necessidade de um direito novo. A modernização da sociedade europeia demandava por um direito estável e dotado de previsibilidade, capaz de atender às demandas das novas situações que surgiam.

É importante ressaltar que a necessidade da unidade jurídica é anterior ao período da efetiva recepção do direito romano, existindo desde a restauração do Império ocidental, no século IX, período em que se acreditava que os súditos, vivendo sob a autoridade de um rei, e o próprio rei deviam reger-se pela mesma lei. A unidade política e religiosa do Império demandava por uma unidade jurídica. Essa unidade, por sua vez, seria construída a partir do direito do Império Romano^[6].

As fontes do direito romano se impuseram inclusive onde não era devida vassalagem ao Império Romano, devido à completude e generalidade desse direito. O direito romano permitia a elaboração de diversas soluções a partir de argumentos gerais, como a razão do direito, a equidade e a utilidade. Assim, esse sistema jusromanista era capaz de

responder à generalidade das questões e era aceito em decorrência não apenas de submissão política, mas também pela aceitação de sua razoabilidade. O direito romano integrava um modelo intelectual muito valorizado nos círculos cultos europeus[7].

2.1.1 Fatores culturais

O direito romano, ainda que em alguns momentos tenha praticamente desaparecido, sempre se fez presente no continente europeu em maior ou menor grau, em virtude do profundo enraizamento das marcas da civilização romana no continente. A ausência de qualquer civilização desenvolvida e de uma cultura consolidada tornavam a Europa altamente suscetível ao recebimento dos influxos da civilização romana.

A expansão romana teve grande contribuição na integração do território europeu ao mundo clássico. Contrariamente à expansão grega, empreendida no Oriente, onde as civilizações já eram desenvolvidas, os romanos se voltam prioritariamente para o Ocidente, onde as organizações sociais eram mais primitivas. A escolha desse caminho se deve ao modo de produção de que Roma demandava, baseado no latifúndio escravagista, que requer o acúmulo de terras e um numeroso exército de escravos[8].

A conquista e a colonização de terras no Ocidente e no Norte foram possibilitadas por essa dinâmica de produção, através da prosperidade na agricultura e da utilização do trabalho escravo. Também se verifica a presença romana na construção das cidades às margens de rios europeus. Assim, de tão arraigados os traços romanos nas civilizações europeias, estes seriam dificilmente superados[9].

Com as invasões bárbaras não há destruição da antiga ordem romana, há, na verdade, a assimilação de elementos romanos por uma cultura diversa, que não perde sua identidade, mas agrega elementos novos a ela. Os povos germânicos apresentavam uma civilização bem menos desenvolvida e eram nômades e, por isso, não dispunham de um Estado enquanto território fixo. A conquista dos territórios do antigo Império Romano demandava por uma elaborada estrutura estatal de que não dispunham esses povos, o que os levava a buscar soluções nas instituições romanas. A adoção das estruturas políticas do Império Romano, como a burocracia

romana, atuando juntamente com as instituições bárbaras permitiu a superação desses óbices[10].

Da mesma forma se verificou a incorporação de elementos germânicos pela comunidade romana, com a preservação do aparelho administrativo germânico e de seu sistema jurídico, por exemplo. Houve uma interpenetração entre os dois sistemas. Destarte, há fortes influxos do direito romano nas estruturas dos nascentes estados bárbaros, mas que, com o advento do feudalismo e enfraquecimento do poder real, vão desaparecendo. Não obstante, verifica-se, principalmente na Itália, a presença do direito romano por meio de costumes locais que traziam institutos jurídicos clássicos[11]. Assim se perpetua a tradição romana ao longo do tempo.

2.1.2 Fatores econômicos

Os séculos XI e XII presenciaram uma fase economicamente próspera. O aumento da produção agrícola impulsiona a transformação do panorama econômico, o que está associado às novas formas de produzir, novas técnicas que possibilitaram haver um excedente de produção. Esse momento anterior à recepção do direito romano, sobretudo entre os séculos IX e XI, se caracteriza por uma sociedade descentralizada, feudal, em que ainda não há muito comércio. O crescimento populacional, dentre outras tantas transformações nesse período, provocam, na passagem do século XI para o XII, o renascimento da Idade Média, o que gera uma nova forma de organização social. Vínculos feudais continuam existindo, eles apenas deixam de ser a organização dominante. Há a redescoberta da vida nas cidades, surgem novas formas de sociabilidade.

Essa época é marcada pelo surgimento de novos atores, que tecem novos tipos de relações sociais. O ressurgimento do comércio, da moeda, o comércio entre os Estados, a criação de casas bancárias e os empréstimos a juros marcam esse período. Surgem novas atividades desempenhadas por novos sujeitos: a burguesia, os artesãos, os banqueiros, os professores e os navegadores são apenas alguns exemplos. As dinâmicas de trabalho são postas em evidência pela relação empregado-empregador. É nesse contexto que surge o capitalismo mercantil.

O resgate ao contexto anterior ao do renascimento do direito romano possibilita compreender os fatores que impulsionaram a recepção. Assim, a efetiva recepção do direito romano, que acontece entre os séculos XIII e XVI, está associada, entre outros aspectos, ao desenvolvimento inicial da economia mercantil e monetária europeia. Esse período é marcado por uma nova ordem econômico-social, com novas relações carecidas de regulamentação. As transformações em curso demandavam por um ordenamento jurídico dotado de estabilidade, capaz de garantir a segurança jurídica necessária à previsão e ao cálculo mercantil, um direito único que possibilitasse o estabelecimento de um comércio dentro da Europa, e um direito individualista com uma base jurídica adequada à atividade do empresário, livre das limitações comunitaristas presentes nos ordenamentos medievais, os quais eram influenciados pelo direito germânico[12].

O direito romano, dotado de abstração e generalidade, se opõe ao característico direito da Alta Idade média, destituído de previsibilidade e segurança jurídica. Em virtude dessas características, o direito romano era aceito como um direito subsidiário comum a todas as zonas de comércio europeias. Os princípios do sistema jusromanista eram compatíveis com a visão capitalista das relações mercantis. A liberdade negocial, por exemplo, era garantida pelo princípio da autonomia da vontade, a possibilidade de associações funcionais era facultada pelo instituto romanístico da personalidade jurídica e o poder de dispor livremente de bens e capitais, com a possibilidade de lançá-los na circulação mercantil, era facultado pelo direito de propriedade, que não dispunha de quaisquer limitações ao uso da coisa[13].

2.1.3 Fatores sociológicos

No que tange aos fatores sociológicos, é importante relembrar a análise de Weber acerca dos motivos que levaram à aceitação do direito romano. O sociólogo elucidou como a administração e a estrutura da justiça, à época da recepção, criam as bases necessárias para a organização de um direito sistematizado e racional. Para Weber, o aparelho burocrático desempenha importante papel no desenvolvimento do sistema judicial, tendo contribuído com seu caráter de segurança e previsibilidade da ação

burocrática, garantida pela vinculação dos atos desse aparelho a normas jurídicas gerais e abstratas[14].

Weber entende, portanto, o processo de burocratização do Estado como causa da readmissão do direito romano na Baixa Idade Média. O contexto da Europa continental, desconhecendo um prévio poder político centralizado, favoreceu o surgimento de um sistema jurídico fundado em princípios do direito romano, que marcam os Estados nacionais desde os seus primórdios[15]. Como explicita Moreira:

A principal consequência da adoção moderna do direito romano foi o surgimento de uma classe profissional, [...] a classe dos juristas profissionais. Como salienta Weber, este fenômeno constitui um traço específico do Ocidente, fruto de um processo de racionalização da técnica jurídica que libertou o direito dos limites teológicos, entregando a administração da justiça a um corpo profissional laico, formado à sombra da tradição jurídica dos romanos. (MOREIRA, 2002, p. 220).

2.1.4 Fatores políticos

O desenvolvimento da economia mercantil juntamente ao fortalecimento econômico da burguesia proporcionaram as condições favoráveis à recepção do direito romano no Ocidente. Cabe ressaltar, no entanto, que deter poder econômico não implicava ter força política, uma vez que o poder político se concentrava na figura do monarca[16].

As causas políticas do ressurgimento do direito romano guardam estreita relação com os fatores econômicos, uma vez que a retomada deste direito servia tanto aos interesses mercantis quanto às expectativas do monarca em relação às suas prerrogativas políticas. Com efeito, a organização da sociedade dessa época se colocava sobre bases de uma economia capitalista fundamentada na liberdade dos agentes econômicos em dispor livremente de seus bens e capitais e de um poder político centralizado adstrito à discricionariedade do monarca. Essa estrutura se assemelha àquela existente no período *Dominato*[17], em Roma, em que a

autonomia e liberdade de que gozavam os agentes no âmbito do direito privado era contrabalançada pela autoridade incondicionada do imperador na seara do direito público. Com a distinção entre público e privado, elaborada pelos romanos, é possível fundamentar o poder ilimitado dos reis[18].

O direito romano é adotado como solução diante do contexto que se assemelhava a um antigo cenário romano, o *Dominato*. O Estado monárquico utiliza o direito romano enquanto instrumento de centralização política e administrativa, nos mesmos moldes em que fora anteriormente usado em Roma, no sentido de equilibrar a força do âmbito privado frente ao âmbito público.

3. O papel das universidades na criação do direito

O ensino jurídico data de muito antes do surgimento das universidades. No período da jurisprudência clássica, em Roma, já havia escolas de direito, assim como no Império Romano do Oriente. Para ensinar o direito foram criados manuais introdutórios, e alguns deles têm grande importância na posterioridade, como o de Gaio, que serviu de modelo para as *Instituições* de Justiniano, que consolida o direito clássico[19].

O surgimento das universidades foi propiciado pelo momento de enriquecimento material da Europa. O ressurgimento das cidades, a moeda e fortalecimento do comércio impulsionaram o surgimento de movimentos intelectuais. No Ocidente medieval surge a necessidade de adquirir novos saberes, de formar bacharéis nas cidades que surgiam. As universidades emergem em um momento de forte influência da Igreja, em que esta constituía o único ambiente em que se lia, escrevia e debatia, único local de efetivo contato com os textos. Assim, as pessoas aptas a ensinar nas universidades eram os monges, uma vez que eles detinham o saber da época. As universidades surgem, dessa forma, em um ambiente religioso.

Em meio a esse contexto, que compreende os séculos XII ao XV, se verifica o ensino do direito na Baixa Idade Média e o surgimento das universidades. Há divergências em relação a qual universidade surgiu primeiro, mas pode-se considerar que a escola de direito tem início em Bolonha, onde ocorre a união entre o direito Justiniano e a filosofia grega. O

direito passava a ocupar um papel de grande relevância na Europa ocidental, marcada pela crescente centralização do poder e palco de disputa política pela jurisdição[20].

A universidade de Bolonha adquire o status de universidade no século XII, não obstante a data exata de sua criação seja objeto de controvérsia entre investigadores, tendo ocorrido no século XI ou XII. Os mestres das artes liberais se transformaram em professores de direito, o que acontece com Irnério, que é considerado fundador dos estudos jurídicos em Bolonha e que ensinava com base na compilação de Justiniano[21].

Vale ressaltar que a retomada do direito romano não acontece por acaso, há muitos fatores impulsionadores do estudo desse direito. Os séculos XI e XII vivenciaram a necessidade de encontrar para o discurso jurídico um fundamento de validade e legitimidade. Conforme explicitam os autores Cunha, Silva e Soares há duas razões para essa necessidade:

Em primeiro lugar porque se assiste neste período ao desenvolvimento de toda uma nova ordem econômico-social, com um sem número de relações carecidas de nova regulamentação, carecidas de um direito que acompanhe toda a sua complexificação. São as exigências reais de tempos que não se compadecem já com a limitada parafernália consuetudinária. [...] Por outro lado, esta tarefa, que mais não é do que uma tarefa de criação jurídica, terá que, nesta altura, ser adjudicada à nascente ciência jurídica. [...] O direito romano justinianeu surge, nesta altura, como genial e fundamental instância de validação de direito novo (CUNHA et al., 2005, p. 164-165).

3.1 A recuperação dos textos de direito

A forma como ocorreu a recuperação dos textos do direito romano ainda é objeto de controvérsia entre os historiadores. É sabido, no entanto, que havia cópias salvas dos livros do *Corpus Juris Civilis*, cujos textos, no

entanto, não se conhecia com clareza a fonte. Teriam existido duas versões autênticas desses textos: a *littera pisana-fiorentina* e a *littera bononiensis*.

O contexto de redescoberta do texto de Justiniano é caracterizado pelo monopólio do saber pela Igreja. Os homens letrados eram majoritariamente parte do ambiente eclesiástico, se ensinava a ler e a escrever somente nas escolas eclesiais. Assim, nesse meio de ensino, se formavam os clérigos, que deviam submissão à Igreja. O *Corpus Juris Civilis* é agregado pelos clérigos aos textos de autoridade e da tradição cristã. Os textos antigos, como os de direito romano, eram muito valorizados pelos medievais, havia uma grande consideração pela tradição[22].

3.1.1 A presença do Digesto no século XII na Europa

O renascimento do direito romano tem sua provável origem na descoberta em Amalfi da *littera pisana*, um manuscrito integral do Digesto de Justiniano datado do século VI. O manuscrito, encontrado em torno de 1135 pelo imperador Lotário II, foi por este enviado à Pisa. Com a conquista de Pisa pelos florentinos, a *littera* é levada para Florença e passa a se denominar *littera fiorentina*, onde permanece até hoje. A partir do século XII, começou a ser estudada em Bolonha uma cópia da *littera pisana*, redigida por volta do século XI. Essa cópia, tendo se perdido e modificado diversas vezes, constitui a *littera bononiensis* ou *littera vulgata*[23].

3.2 As universidades

O surgimento das universidades data dos séculos XI e XII, época em que se inicia o processo de autonomia da ciência ocidental. Embora a concepção atual de universidade difira muito dessa antiga, o advento da universidade medieval representou um grande marco no campo do conhecimento.

As universidades dispunham de duas linhas de ensino: as artes liberais e as artes mecânicas. As primeiras desenvolveriam a escrita e a leitura, enquanto as segundas serviriam aos trabalhadores manuais. Segundo Le Goff, as bases do estudo eram as artes liberais, elas precediam o estudo das disciplinas maiores, que são direito, teologia e medicina[24].

Nesse cenário se desenvolvem universidades que representam verdadeiros centros de excelência. As universidades de Paris e a de Bolonha, por exemplo, vão se destacar no ensino do direito, que se dará de formas diferentes em cada uma. Em Paris existe a faculdade de decretos, que leciona direito canônico, uma vez que o ensino do direito romano foi proibido em Paris. Bolonha representava o centro dos juristas, lecionando tanto direito romano quanto direito canônico[25]. Conforme explica Lopes, o ensino do direito era feito da seguinte forma:

O direito dividia-se em estudo de cânones (direito canônico) e leis (direito civil, ou imperial, ou cesáreo, ou romano, conforme se chamava em lugares diferentes). Podia-se obter o título simultaneamente em direito romano e canônico, dependendo da universidade em que se estivesse estudando, daí a denominação de *doctor utriusque iuris*(doutor nos dois direitos). (LOPES, 2009, P. 104).

As universidades vão gradativamente consolidando os cânones metodológicos do saber científico. Aqui se consubstancia a preocupação com o método, que se desenvolve adjacente à valorização dos padrões universais, em busca da objetividade. “É o ceticismo metodológico, que implica considerar a ciência um saber aberto.” (LOPES, 2009, p. 105).

Diante desse contexto, o ensino jurídico irá contribuir com o *ius commune*, o direito comum a todos, que é o direito romano interpretado pelos doutores. O *ius commune* tem significativa importância, realizando a tarefa de harmonização, que sobrevive aos direitos nacionais dos Estados e perdura até o século XVIII. Assim, com o advento das universidades medievais surgem os juristas, que são homens letrados. O ensino do direito nas universidades traz a possibilidade de se discutir as disputas entre o direito secular e o canônico e entre os direitos reais e feudais. Também se discute acerca de elementos centrais para o direito, como justiça e legalidade[26]. Os juristas se empenhavam, fazendo uso do método escolástico, em encontrar a harmonia lógica e racional do direito enquanto sistema coerente.

Uma vez explicitada a forma de ensino das universidades, é importante entender o modo como as universidades surgem, em que figura elas se encaixam. À época, se presenciava um contexto de surgimento de muitas corporações, que nasciam junto com as cidades. Com as universidades sucede da mesma forma, elas surgem enquanto corporações, são associações de professores – representando profissionais de mesmo ofício – e alunos. As primeiras universidades, de Bolonha e Paris, surgem espontaneamente e sem sede fixa nem data determinada.

Ainda que o ambiente gerador das universidades fosse majoritariamente religioso, a estrutura corporativa das universidades, como o caso de Bolonha e Paris, permitiu sua autonomia em relação à Igreja e ao rei. Muitas universidades nascem com a bula papal, mas com o tempo se desvencilham da influência religiosa. A autonomia se configura através da criação de um órgão judicante próprio e de um “governo” próprio, composto pelos reitores[27].

Por fim, importa ressaltar que o direito romano tinha como objeto de estudos o *Digesto*, enquanto o direito canônico tinha como base o texto de Graciano (*Decretum*) e as *Decretais* de Gregório IX, que surgiram depois. Esse é um dos aspectos que diferencia o ensino do direito nas universidades de Bolonha e de Paris[28].

3.2.1 Dos textos ao sistema

O direito enquanto sistema se construiu em um ambiente de debates, em um meio acadêmico de disputas intelectuais, em que toda decisão ou norma vai integrar como parte o todo denominado direito. O todo auxilia na interpretação da parte e vice-versa. Assim o sistema surge, com contradições, lacunas e que carece de interpretação. Os juristas, que vão trabalhar em cima desse direito, têm uma formação que passa pelas artes liberais e chega ao direito, tendo como base de estudo o *Digesto*[29].

O papel do jurista consiste na construção da unidade do texto, da razão jurídica. Dessa forma, era necessário conferir ao texto uma interpretação livre de contradições, que se inserisse no todo, pois a verdade se encontrava no todo e não na parte. Com efeito, o método desenvolvido apresenta como ponto de partida o texto de autoridade e pressupõe que o

texto é potencialmente lacunoso e contraditório, o que será resolvido através da dialética, que trará a *solutio*. “Autoridade do texto, rigor na demonstração (dialética) e rigor no uso das palavras (conceitos), nisto se fundava o método” (LOPES, 2009, P. 113).

O sistema do direito e o ensino jurídico medieval se constroem e se consolidam em um ambiente de disputas intelectuais, nas universidades. A tradição jurídica vai se fundar no texto de Justiniano e também nos textos das disputas, agregando a autoridade do passado e as autoridades do presente. A discussão (*disputatio*), portanto, caracteriza o método argumentativo dos juristas. Esse debate se coloca de tal forma, com tamanha intensidade no ensino do direito, que é possível afirmar que a atividade docente precedeu a ciência[30].

4. Conclusão

O renascimento do direito romano é um fenômeno que apresenta grandes proporções e que influenciou inclusive a forma como se desenvolveu o direito no Ocidente. É importante ressaltar que esse ressurgimento não se deu ao acaso e que os influxos romanos sempre se fizeram presentes no continente europeu, em maior ou menor grau, devido ao profundo enraizamento das marcas da civilização romana nesse território.

A incipiente civilização europeia, desprovida de uma estrutura social desenvolvida e de uma cultura consolidada, se demonstrava altamente suscetível ao recebimento dos influxos da civilização romana. Assim, assumem elevada importância as instituições e a tradição romanas, que influenciam a conformação dos ordenamentos jurídicos dos recém-formados Estados nacionais e a consolidação de estruturas estatais mais elaboradas.

A influência romana se processa não na forma de imposição, mas na forma de uma simbiose, em que uma cultura diferente assimila elementos romanos, mas sem perder sua identidade própria. Para tanto, são necessárias adaptações, uma vez que se trata de elementos de uma civilização já extinta, construída em um contexto diverso daquele no qual ela será resgatada.

Ademais, é de suma importância a retomada do direito romano para o ensino jurídico e para a consolidação de um sistema de direito, o que se dará no âmbito acadêmico. Não se resumindo essa importância, no entanto, ao período do surgimento da universidade medieval, pois as consequências da influência da jurisprudência romana se fazem presentes até hoje. Assim, o grande legado deixado pelo direito romano é impossível de ser mensurado, sua importância é tamanha que não pode ser exaurida exemplificativamente neste espaço. Importa elucidar sua significativa contribuição em diversos âmbitos, escapando ao campo do direito, que se verifica até os dias atuais.

5. Referências bibliográficas

ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade ao feudalismo*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

CUNHA, Paulo Ferreira da; SILVA, Joana Aguiar; SOARES, Antonio Lemos. *História do Direito: do Direito Romano à Constituição Europeia*. Coimbra: Almedina, 2005.

HESPAÑA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*. Lisboa: Forum da história, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. ***O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média***. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NOTAS:

[1] MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. ***O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média***. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 212.

[2] HESPAÑA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*. 158024/8293. ed. Lisboa: forum da história, 2003, p. 104.

[3] MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. ***O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média***. In: WOLKMER, Antonio Carlos

(org). Fundamentos de História do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 212.

[4] HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*. Lisboa: forum da história, 2003, p. 105.

[5] HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*. Lisboa: forum da história, 2003, p. 105.

[6] HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*. Lisboa: forum da história, 2003, p. 107.

[7] HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*. Lisboa: forum da história, 2003, p. 107.

[8] MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). Fundamentos de História do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 213.

[9] ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade ao feudalismo*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 61.

[10] MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). Fundamentos de História do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 214.

[11] MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). Fundamentos de História do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 214.

[12] HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*. Lisboa: forum da história, 2003, p. 106.

[13] HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*. Lisboa: forum da história, 2003, p. 106.

[14] MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). Fundamentos de História do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 219.

[15] MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos

(org). Fundamentos de História do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 220.

[16] MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média.** In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). Fundamentos de História do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 218.

[17] O *Dominato* corresponde ao último período do Império romano, que vai de 280 d.C. até aproximadamente 486 d.C., que marca o fim do Império do Ocidente.

[18] MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O Direito Romano e seu ressurgimento no Final da Idade Média.** In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). Fundamentos de História do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 218.

[19] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias.* 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 97.

[20] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias.* 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 97.

[21] CUNHA, Paulo Ferreira da; SILVA, Joana Aguiar; SOARES, Antonio Lemos. *História do Direito: do Direito Romano à Constituição Europeia.* Coimbra: Almedina. 2005, p. 163.

[22] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias.* 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 99.

[23] CUNHA, Paulo Ferreira da; SILVA, Joana Aguiar; SOARES, Antonio Lemos. *História do Direito: do Direito Romano à Constituição Europeia.* Coimbra: Almedina. 2005, p. 160.

[24] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias.* 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 104.

[25] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias.* 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 104.

[26] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias.* 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 105.

[27] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias.* 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 108.

[28] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 109.

[29] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 112.

[30] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: Lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009, p. 114.

MIGRAÇÃO NA VISÃO DA NOVA LEI

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir a migração na visão da nova lei, os desafios, críticas e avanços. A Lei tem como princípios a universalidade dos direitos humanos, o repúdio e a prevenção à xenofobia, ao racismo e a qualquer tipo de discriminação, não criminalizando a migração. Garante a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante, além de inclusão social, laboral e produtiva através de políticas públicas. Tem também como princípio o repúdio a práticas de expulsão e deportação coletivas.

Palavras-chave: Migração; nova lei; desafios; críticas; avanços.

ABSTRACT: This article aims to discuss migration in the vision of the new law, the challenges, criticisms and advances. The law has as its principles the universality of human rights, the repudiation and prevention of xenophobia, racism and any type of discrimination, without criminalizing migration. It guarantees equal treatment and opportunity for the migrant, as well as social, labor and productive inclusion through public policies. It also has as principle the repudiation of practices of collective expulsion and deportation.

Keywords: Migration, new law, challenges, criticism, advances.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo discutir la migración en la visión de la nueva ley, los desafíos, críticas y avances. La ley tiene como principios la universalidad de los derechos humanos, el repudio y la prevención de la xenofobia, el racismo y cualquier tipo de discriminación, no criminalizando la migración. Garantiza la igualdad de trato y de oportunidad al migrante, además de inclusión social, laboral y productiva a través de políticas públicas. También tiene como principio el repudio a prácticas de expulsión y deportación colectiva.

Palabras clave: Migración, nueva ley, desafíos, críticas, avances.

1 INTRODUÇÃO

O texto da nova lei de migração, que substitui o Estatuto do Estrangeiro, criado em 1980, estabelece novos princípios sobre não discriminação, combate à homofobia e igualdade de direitos. A lei é bastante inovadora e está em consonância com obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. A antiga lei adotava uma postura de segurança nacional e de criminalização do estrangeiro.

As primeiras manifestações de uma política migratória brasileira remontam ao Império e ao início da República, quando começam a se fortalecer ideias de branqueamento racial e o combate à imigração de algumas etnias, como negros, asiáticos ou indígenas.

A partir desse período, ocorrem vários pontos de inflexão em nossa política migratória, intercalando-se momentos de maior repressão à entrada de imigrantes, como no primeiro governo Vargas (1930-1945) e regime militar (1964-1985), e momentos de maior recepção aos imigrantes, como no pós-segunda guerra mundial e durante a redemocratização do país.

A nova lei facilitou o processo de obtenção de documentos para legalizar a permanência do imigrante no Brasil, bem como o acesso ao mercado de trabalho regular e serviços públicos.

Os imigrantes não podem mais ser presos por estarem de modo irregular no país.

Permite aos imigrantes que se manifestem politicamente, associando-se a reuniões políticas e sindicatos.

Diferente do Estatuto do Estrangeiro, a lei também trata dos brasileiros que vivem no exterior.

A nova lei repudia expressamente a discriminação e a xenofobia.

A política de vistos humanitários foi institucionalizada.

2 DESENVOLVIMENTO

Enquanto alguns países, como os europeus e os Estados Unidos, passam por um processo de fechamento de suas fronteiras e aumentam restrições à imigração, movidos pelo ideário nacionalista que emerge, o Brasil amplia os direitos dos imigrantes e facilita o processo para que obtenham seus documentos e regularizem sua situação no país.

Essa nova lei foi fruto de um trabalho árduo da sociedade civil que não somente representou os interesses dos não-nacionais, mas também cobrou agilidade e transparência durante todo o trâmite para aprovação, acompanhando passo a passo das votações. Infelizmente os vetos acima foram incompatíveis com a democracia participativa, uma vez que o documento foi aprovado sem que ninguém soubesse.

A Lei não está totalmente de acordo com a realidade e necessidades dos imigrantes, o Poder Público ainda se mostra ineficiente para atuar nessas questões, e a sociedade ainda está alheia a tudo isso com informações equivocadas a respeito de migrações.

As propostas de mudanças versavam principalmente sobre combater a criminalização do imigrante e contribuir para a desburocratização de processos documentais. Mas nem tudo foi aprovado conforme os movimentos sociais e organizações civis desejavam e esperavam.

Dentre os vinte vetos, é possível destacar alguns que infelizmente representam um retrocesso nos Direitos Humanos e as garantias fundamentais. O primeiro deles, muito criticado pelos imigrantes e sociedade civil, foi a não concessão de anistia para aqueles que apresentavam situação irregular – um pedido apresentado em 2013 pela Associação Nacional dos Estrangeiros (ANEIB) e que havia sido aprovado pelo Senado.

Houve também o veto para não isentar da expulsão o imigrante que mora há mais de 4 anos no Brasil e que cometeu crime nesse período, também não sendo considerado como integrante de um grupo vulnerável. Foi também vetada a possibilidade de revogação de expulsões decretadas antes de 1988 (ano da Constituição Federal).

Outra proposta vetada é a possibilidade de o imigrante ser aprovado em concurso público e ter sua residência concedida em razão da aprovação.

O projeto considerou ainda como migrante vulnerável o indígena que circula entre fronteiras de seu território. No entanto, essa proposta foi vetada.

Apesar dos vetos, há muitos pontos positivos que representam avanços e que estão em consonância com normas internacionais. Um destaque para o princípio do contraditório e ampla defesa e garantia de acesso a assistência judiciária gratuita, com a atuação obrigatória da Defensoria Pública em casos de detenção de migrantes nas fronteiras, inviabilizando a deportação imediata realizada pela Polícia Federal.

Também em consonância com normas internacionais, são vedadas as expulsões, deportações e repatriações em caráter coletivo.

Houve ainda a implementação em Lei do que antes eram apenas matérias de regulamentações e normas esparsas, como vistos humanitários, e ampliação de vistos temporários e de reunião familiar.

Um ponto não menos importante é a garantia à participação e manifestação política, antes reprimida pelo Estatuto do Estrangeiro.

O artigo 113, § 4º, apesar de desconsiderar como vulnerável o migrante que responde a processo criminal, abarca nesse critério de vulnerabilidade os solicitantes de refúgio, as vítimas de tráfico de pessoas, vítimas de trabalho escravo e menores desacompanhados.

Desse modo, a nova lei de migração é vista com bons olhos por organizações internacionais, e muitos afirmam que ela coloca o Brasil em posição de vanguarda no que tange aos direitos do migrante. Entretanto, apesar de consistir em grande avanço quanto a nossa legislação anterior e contrastar com as políticas protecionistas defendidas por alguns países, especialmente mais desenvolvidos, observa-se que ainda há muito a ser feito.

Como exemplo, tem-se o fato de que o Brasil é o único país da América do Sul que ainda não garante direitos políticos (votar e ser votado) aos imigrantes em nenhum nível: municipal, regional ou nacional. Em todos os outros países do subcontinente os imigrantes têm direito a participação

eleitoral em um ou mais níveis. Observa-se, entretanto, que tal mudança não poderia estar contida na Lei de Migração, por consistir em uma modificação da Constituição, o que só pode ser alcançado através de uma PEC (Proposta de Emenda Constitucional).

Em 2015 havia cerca de 1,8 milhão de migrantes no Brasil, o que corresponde a menos de 1% de nossa população total. O número de imigrantes internacionais que chegam ao Brasil tem aumentado gradativamente nos últimos anos, de 54.582 em 2010 a 126.258 em 2016. Já o número de imigrantes no trabalho formal cresceu 131% entre 2010 e 2015: de 54.333 para 125.535 pessoas.

Quanto aos casos de refúgio, o Brasil reconhece menos de 10 mil refugiados e tem cerca de 25 mil solicitações de refúgio ainda não avaliadas, segundo o CONARE (Comitê Nacional para Refugiados). No ano de 2016, 33% das solicitações de refúgio foram provenientes da Venezuela, 13% de Cuba, 13% da Angola e 6% do Haiti. O restante distribui-se por diversos países, entre eles Síria, Senegal, Nigéria, China, República Democrática do Congo e Paquistão.

O visto humanitário, até o presente momento, já beneficiou cerca de 80 mil haitianos e 20 mil venezuelanos. Com a institucionalização dessa política, espera-se que o número de países e beneficiários aumente nos próximos anos.

É interessante observar que as estimativas do Ministério das Relações Exteriores indicam que há cerca de 3 milhões de brasileiros emigrantes. Portanto, tem-se mais brasileiros habitando fora do país do que imigrantes internacionais em nosso território nacional, por uma diferença de mais de um milhão de pessoas.

Nenhuma outra norma anterior à Lei de Migração tratava da proteção aos apátridas, asilados e brasileiros no exterior, apenas tratados internacionais. A nova Lei organiza a cooperação jurídica entre países para essa finalidade.

A nova lei determina a existência de um visto temporário específico para o migrante em situação de acolhida humanitária, para pessoas que

precisam fugir dos países de origem, mas que não se enquadram na lei do refúgio. A legislação também contempla migrantes que vêm ao Brasil para tratamentos de saúde e menores desacompanhados.

Migrantes com documentação inexistente ou irregular poderão regularizar a situação dentro do Brasil. O Estatuto do Estrangeiro determinava que o estrangeiro tinha de sair do Brasil e aguardar emissão de visto no país de origem, o que podia ou não acontecer.

O Estatuto do Estrangeiro proibia imigrantes de participarem de qualquer atividade de natureza política. A nova lei acaba com a proibição e garante o direito do imigrante de se associar a reuniões políticas e sindicatos.

Além do respeito aos Direitos Humanos, a Lei de Migração deve ter impactos positivos sobre a economia do turismo no Brasil. O Estatuto do Estrangeiro determinava que tripulantes internacionais que trabalham nos navios precisavam pagar taxas consulares ao Ministério do Trabalho. A nova lei acaba com essa exigência, o que reduz custos, simplifica a operação dos cruzeiros. A medida deve, assim, atrair mais cruzeiros e gerar emprego e renda.

Ao desburocratizar e facilitar a inclusão dos migrantes na sociedade brasileira, além de repudiar a discriminação e a xenofobia, a nova lei ajuda a combater a segregação social a qual muitos migrantes estão sujeitos. Uma vez integradas à sociedade, essas pessoas possuem melhores condições para contribuir com o crescimento do país. Ou seja, caso aplicada e regulamentada corretamente, a lei vai afetar a sociedade brasileira como um todo, mas de forma positiva.

O trabalhador migrante contribui significativamente para o desenvolvimento econômico, além de pagar impostos diretos e indiretos através do consumo, como qualquer brasileiro. Ou seja, o migrante também financia serviços públicos como saúde e educação – dois direitos humanos, aliás, previstos na Constituição de 1988 e garantidos a qualquer pessoa, independentemente da nacionalidade.

Quanto à Previdência, não é demais lembrar que os migrantes, assim como os brasileiros, só têm direitos de aposentadoria e outros benefícios previdenciários após os períodos de contribuição previstos em lei.

Basta olhar para a história do Brasil para perceber o quanto os migrantes aportaram à nossa economia – e essa continua sendo a regra nos dias de hoje. O importante é garantir que eles sejam incorporados ao mercado formal em condições dignas. É justamente o que a nova lei faz, ao desburocratizar o processo de regularização migratória para obtenção de documentos e garantir acesso ao trabalho.

A nova lei apenas segue o que pede a Constituição de 1988, que prevê igualdade no acesso aos serviços públicos a todos os residentes no Brasil, sejam brasileiros ou migrantes.

A Lei de Migração prevê uma anistia para migrantes sem documentos que entraram no país até 6 de julho de 2016, conforme consta no artigo 118. Seu objetivo é bem claro: ajudar a regularizar os migrantes que já contribuem com o Brasil e possuem uma vida estabelecida por aqui, mas ainda se encontram em situação indocumentada – causada, em grande parte, pelos empecilhos presentes no Estatuto do Estrangeiro. É uma forma de tentar “começar do zero” e ajudar a promover a inclusão documental dessa população, deixando-a menos sujeita a abusos e vulnerabilidades.

O Brasil possui uma dívida histórica com os povos indígenas e populações tradicionais. E a nova Lei de Migração garante a estes o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas, independentemente das fronteiras criadas depois. Críticos argumentam que esse ponto compromete as fronteiras nacionais expostas a criminosos e terroristas. No entanto, a nova lei segue o que é pedido na Constituição de 1988.

A Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece que migrar é um direito, que é o que o texto tentava original trazia como cerne. No entanto, todos os vetos reforçaram a ideia oposta: a de que a Segurança Nacional e os interesses nacionais prevalecem sobre esse direito. Temos principalmente os vetos em trechos dos artigos 1 e 55, que estabelecem, respectivamente, sobre a livre circulação dos povos indígenas e a expulsão de migrantes. No caso do Artigo 1, a nova Lei estabelece que povos

originários terão que se submeter a um Estado-Nação, o que não só é uma violação de direitos, como também de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Já a expulsão de migrantes condenados pela Justiça tem um caráter xenófobo, já que além de cumprir a pena regular essa pessoa tem uma penalização adicional, que é perder o direito de migrar.

A Lei de Migração é equilibrada e robusta em garantir direitos aos migrantes ao mesmo tempo em que resguarda o país. A soberania do país não será afetada. O texto da lei é resultado de um ato soberano e democrático: ao longo de quatro anos, foi construído com ampla participação de diversos atores sociais e órgãos governamentais, incluindo o Ministério da Justiça e a Polícia Federal.

O tema da segurança nacional e de fronteiras foi amplamente debatido durante esse processo e diversos mecanismos de fiscalização foram previstos. Eles permanecem a cargo da polícia de fronteiras, como estabelece a Constituição.

Vale destacar que o tráfico nas fronteiras responde a dinâmicas completamente diversas daquelas que motivam a migração e deve, portanto, ser tratado separadamente pelo poder público.

Moderniza o sistema de regularização de migrantes que entram no Brasil e fomenta que as pessoas se apresentem às autoridades públicas para obtenção de documentos - uma atitude que não se esperaria de um potencial terrorista.

O terrorismo é um fenômeno transnacional, violento e que se realiza à margem das legislações nacionais e do direito internacional. A escolha de alvos ou campos de preparação de ações terroristas (assim como de qualquer ação criminosa) não depende do registro regular de seus responsáveis em um determinado país. Essas pessoas não precisam de meios de regularização e identificação formal pois a clandestinidade (que é favorecida por regras migratórias ultrapassadas) é usada como escudo.

Além disso, é equivocado e xenofóbico pressupor que os migrantes são um risco para a segurança nacional. Essa posição viola, inclusive, o princípio constitucional da presunção de inocência.

É importante lembrar que a sociedade brasileira foi formada por migrantes de todas as partes do mundo e que nossos avós podem ter sofrido os mesmos tipos de discriminação. Além disso, o Brasil tem instrumentos como o Código Penal para lidar com situações excepcionais.

Nenhum dispositivo da nova lei de migrações sobrepõe à cultura dos migrantes à brasileira. O texto reforça todas as garantias constitucionais de respeito à igualdade, à diversidade e aos valores essenciais da dignidade humana (como a liberdade religiosa e de expressão).

É preciso ter em mente, também, que o contato com outras culturas pode ajudar a quebrar preconceitos e enriquecer nossa própria diversidade cultural. Sem dúvidas, é preciso acolher os migrantes e possibilitar que eles se integrem no Brasil, e a nova lei abre caminho para isso ao prever políticas públicas específicas para essa parcela da população.

Apesar da garantia de plenos direitos políticos, como o voto, ser uma bandeira dos movimentos que pedem igualdade no tratamento de migrantes e brasileiros, esse ponto não está contemplado no projeto em discussão no Senado. Essa demanda só poderia ser atendida através de uma PEC (Proposta de Emenda à Constituição). Além disso, vale reforçar, o texto foi concebido por uma ampla articulação pluripartidária.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) comemora a aprovação legislativa e sanção da nova Lei de Migração do Brasil. A CIDH insta o Governo Federal brasileiro a promover um processo aberto e transparente para a regulamentação da lei, com a participação da sociedade civil, respeitando os princípios, normas e padrões interamericanos de direitos humanos.

A Lei de Migração incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro os princípios de repúdio e prevenção à xenofobia, o repúdio das práticas de expulsões e deportações coletivas, a não criminalização da migração, não discriminação em virtude dos meios de entrada no território nacional,

acolhida humanitária e de acesso igualitário e livre a serviços públicos, benefícios e programas sociais, diálogo social na formulação, execução e avaliação das políticas migratórias e a promoção da participação cidadã do migrante, proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e adolescente migrante, proteção das pessoas brasileiras no exterior, a promoção do reconhecimento acadêmico e o direito à migração e ao desenvolvimento humano como direitos inalienáveis a todas as pessoas.

Além disso, reforça o acesso para migrantes aos direitos e às liberdades civis, e aos direitos sociais, culturais e econômicos, incluindo o direito à reunião familiar, os direitos de associação e reunião para fins pacíficos e organização sindical. Na mesma linha, reforça as garantias de acesso à justiça e de assistência jurídica integral e gratuita, em caso de necessidade. A nova lei torna os procedimentos de regularização migratória mais acessíveis, independentemente da situação migratória do estrangeiro, prevendo mecanismos mais claros e eficientes. Assim como, atualiza e desburocratiza os procedimentos de naturalização em geral.

Outra importante inovação legislativa é a criação de dois mecanismos de proteção: o acolhimento humanitário mediante expedição de visto ou residência específicos para situações não previstas anteriormente (à luz da experiência brasileira com a emissão de vistos, em caráter humanitário, para cidadãos haitianos); e, a proteção às pessoas apátridas. Este mecanismo na lei brasileira é resultado do compromisso assumido na Declaração e Plano de Ação do Brasil de 2014, comemorativa dos 30 anos da Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Pelo mecanismo criado na legislação, a pessoa apátrida interessada nessa proteção, após determinação da sua condição, deve receber autorização de residência definitiva no Brasil e poderá optar voluntariamente por um processo simplificado e célere de naturalização brasileira.

A CIDH destaca que se trata da primeira reforma migratória integral feita no Brasil que conta com o voto parlamentar. As legislações anteriores foram resultado de mecanismos que suprimiram a aprovação legislativa ou foram adotadas mediante decretos-lei de governos autoritários. Lamenta os vetos realizados à Lei de Migração, os quais eliminaram a possibilidade de conceder anistia por uma autorização de residência a migrantes em situação

irregular, e também retiraram a possibilidade de não deportação de pessoas condenadas judicialmente. Além disto, se negou o direito aos povos indígenas de circular livremente independentemente das fronteiras traçadas pelos Estados. Os vetos também eliminaram a possibilidade de revogar as expulsões decididas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como a possibilidade de que pessoas estrangeiras pudessem exercer funções públicas. Reitera que para que as políticas e leis de migração obedeçam verdadeiramente uma abordagem de direitos humanos, é necessário separar funções migratórias das funções de polícia criminal. Apesar disso, a CIDH valoriza e considera que a nova lei brasileira representa um avanço e uma referência importante para toda a região, sobretudo em um contexto global marcado pela adoção, por diversos países, de políticas migratórias restritivas e de mecanismos mais rígidos de controles contra a entrada de imigrantes em seus territórios.

A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo mandato surge a partir da Carta da OEA e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Comissão Interamericana tem como mandato promover a observância e defesa dos direitos humanos na região e atua como órgão consultivo da OEA na temática. A CIDH é composta por sete membros independentes, que são eleitos pela Assembleia Geral da OEA a título pessoal, sem representarem seus países de origem ou de residência.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Migração é um legado humanitário, menciona sete vezes o princípio da não-discriminação. O mundo vive, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), a maior crise humanitária desde a 2ª Guerra Mundial. Além da crise humanitária, vivenciamos uma crise de refugiados onde milhares já perderam suas vidas fugindo de conflitos e também na busca por melhores condições de vida e de trabalho.

A Lei tem como princípios a universalidade dos direitos humanos, o repúdio e a prevenção à xenofobia, ao racismo e a qualquer tipo de discriminação, não criminalizando a migração. Garante a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante, além de inclusão social, laboral

e produtiva através de políticas públicas. Tem também como princípio o repúdio a práticas de expulsão e deportação coletivas.

A Lei e sua regulamentação trarão aos migrantes que vivem no Brasil um tratamento mais digno e os transformarão em cidadãos plenos de direitos, como o são, pois contribuem na construção de nosso país. O que seria do Brasil se não fossem as diversas comunidades de migrantes que vieram desde 1.500? Não podemos impedir a busca por melhores condições de vida e de trabalho pelos migrantes.

REFERÊNCIAS

BARRICARTE, J. J. S. **Socioeconomía de las migraciones em um mundo globalizado**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2010. [Links]

DUSEK, A. **Comissão do Senado aprova permissão para estrangeiro participar de eleições**. Estadão, 14 jun. 2017. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2017. [Links]

MARINUCCI, R. **Paradigmas de políticas migratórias e o Brasil**. Brasília: CSEM, maio de 2012. [Links]

MARTINE, G. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21**. São Paulo em Perspectiva, v. 19, n. 3, p. 3-22, jul./set. 2005. Disponível em: . Acesso em: 21 jun. 2017. [Links]

PATARRA, N. L. **O Brasil: país de imigração? Revista e-metropolis**, ano 3, n. 9, p. 6-18, jun. 2012. [Links]

PATARRA, N. L. **Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais**. Estudos Avançados, v. 20, n. 57, maio/ago. 2006. Disponível em: . Acesso em: 21 jun. 2017. [Links]

SPRANDEL, M. A. **Políticas migratórias no Brasil do século XXI**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DESLOCAMENTOS, DESIGUALDADES E DIRETOS HUMANOS. Anais... São Paulo, 6 e 7 de julho de 2012. [Links]

VAINER, C. B. **Estado e migrações no Brasil**: anotações para uma história de políticas migratórias. Revista Travessia, n. 36, p. 15-32, jan./abr. 2000. [Links]

VENTURA, D. **Política migratória brasileira é obsoleta e dificulta vida de estrangeiros**. UOL Notícias, 03 de maio de 2014. Disponível em: . Acesso em: 16 jan. 2015. [Links]

HISTÓRIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA NO BRASIL: INJUSTIÇA SOCIAL E CONCENTRAÇÃO DE RENDA

MARCELE MARQUES RODRIGUES:
Acadêmica pela Universidade de Brasília (UnB).

VALCIR GASSEN

(Doutor - orientador)

Resumo: O presente trabalho busca realizar uma crítica à matriz tributária brasileira com enfoque na análise do imposto de renda de pessoa física ao longo da formação da estrutura tributária no Brasil. O objetivo do artigo é, a partir de uma perspectiva crítica, evidenciar os obstáculos que impedem a efetiva atuação do imposto de renda como instrumento de justiça social e o que poderia ser feito para a consecução deste fim.

Palavras-chave: imposto, renda, justiça social, sistema tributário

Sumário: 1. Introdução; 2. IRPF: conceito e classificação; 3. História do imposto sobre a renda de pessoa física no Brasil; 4. Injustiça e iniquidade na tributação da renda; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O sistema tributário brasileiro foi idealizado em torno de princípios garantidos constitucionalmente, o que, no entanto, não se concretizou na aplicação da tributação. A construção desse sistema se mostrou, ao longo do tempo, diametralmente oposta ao desenho traçado na Constituição. A redistribuição da renda, em virtude dessa disparidade, foi intensamente prejudicada.

A tributação no Brasil tem se mostrado incapaz de tratar de maneira equitativa a carga global de tributos, o que acabou por tornar o sistema injusto e, embora haja garantia constitucional da progressividade tributária, a regressividade se tornou sua característica principal. A onerosidade atribuída ao contribuinte, portanto, acaba por afetar aqueles com rendas menores.

A dificuldade em produzir uma mudança nesse cenário reside, sobretudo, na falta de interesse dos membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em fazer cumprir os pressupostos constitucionais relativos à tributação. A observância a esses desígnios é crucial para a consecução da justiça social, o que será possível somente quando a discussão política acerca da aplicabilidade desses desígnios ao imposto sobre renda for tratada com a devida seriedade, fazendo o Estado brasileiro cumprir adequadamente sua função social.

2. IRPF: conceito e classificação

Inicialmente, será feita uma análise básica e geral acerca dos tributos, a fim de desenhar um panorama geral sobre o qual se desenvolverá a discussão sobre o imposto de renda de pessoa física. Conforme disposto na redação do art. 3º do Código Tributário Nacional: “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Por esse artigo, entende-se que o tributo é uma obrigação jurídica e, portanto, sua incidência não depende da vontade do sujeito passivo. A cobrança se inicia com o lançamento, em que se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, o devedor e o valor devido. O lançamento, bem como os posteriores atos de cobrança, são de competência privativa da administração tributária. Depreende-se também do artigo que a incidência da regra jurídica tributária recai sobre qualquer fato, desde que seja lícito, sendo ilícito, o objeto da prestação será uma sanção^[1].

Dentre as cinco espécies tributárias reconhecidas pelo Superior Tribunal Federal, a tributação sobre renda corresponde à classificação de imposto. O imposto de renda, assim como todos os impostos, não vincula o Estado a uma contraprestação ao contribuinte. O art. 16 do Código Tributário Nacional dispõe o seguinte: “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Essa espécie de tributo, portanto, diferentemente dos tributos vinculados, não implica em retorno ao contribuinte.

O imposto de renda é um tributo cuja instituição e majoração compete à União, nos termos do art. 153 da Constituição Federal. A Constituição, por meio de dispositivos, não cria tributos, ela apenas atribui a competência de instituí-los à União, aos estados, ao Distrito Federal ou aos municípios, conforme disposto no art. 145 deste documento.

A Constituição Federal dispõe a competência tributária de cada ente federativo do Estado brasileiro mediante delimitação da zona de incidência dos tributos, cuja instituição compete a cada entidade. Uma vez estando na esfera de poder de um ente, a competência de instituir determinados impostos não poderá estar no âmbito de outro. A delimitação das competências tributárias pelo constituinte tem em vista garantir a segurança do contribuinte, para que este conheça quais tributos lhe podem ser exigidos e por quem. Ademais, contribui para que os entes federativos convivam de maneira harmoniosa, conferindo maior eficácia ao princípio federativo. É importante ressaltar que o campo de incidência dos tributos depende também das imunidades estabelecidas na Constituição e dos demais princípios constitucionais aplicáveis. O constituinte, no entanto, não descreve os fatos geradores dos impostos de competência privativa de cada ente federativo, o que se realizará em lei complementar^[2].

A principal lei vinculadora de normas gerais de tributação, o que dará forma final ao sistema tributário nacional, é a Lei 5.172 de 1966, denominada Código Tributário Nacional. A compreensão do imposto sobre renda somente se dará perfeitamente quando for examinado à luz dos princípios constitucionais tributários, cujo rol é de difícil precisão. A Constituição, nesse sentido, submete a renda e os proventos ao princípio geral da capacidade contributiva, e aos princípios específicos da progressividade, universalidade e generalidade. Dentre os princípios gerais tributários, alguns possuem maior relação com o imposto sobre renda, os quais serão abordados nos próximos parágrafos^[3].

O princípio da legalidade, disposto no art. 150, I, da Constituição, decorre do princípio maior expresso no art. 5º, inciso II, com a seguinte redação: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio é complementado pelos princípios da anterioridade e da irretroatividade. O princípio da legalidade estabelece

que a instituição e a majoração de tributo só podem ser definidas por lei, pela respectiva entidade tributante, visando à segurança jurídica do contribuinte frente aos atos praticados pela Administração Pública. A lei se constitui enquanto fundamento e limite da ação do Poder Executivo. O legislador deve também definir todos os aspectos relevantes à cobrança do tributo, fornecendo o perfil da exação ao identificar o sujeito passivo, o valor, o sujeito ativo e o fato gerador dessa cobrança[4].

As leis tributárias, no entanto, podem ser complementadas por atos normativos. Dentre os atos normativos, o que se encontra em posição hierarquicamente superior é o decreto, ato privativo do chefe do Poder Executivo, que tem a finalidade de regulamentação de uma lei ou o exercício de alguma de suas prerrogativas legais ou constitucionais. A regulamentação pode ocorrer no texto do decreto ou em regulamento por ele aprovado. O Decreto federal 3.000, de 26 de março de 1999, atualmente em vigor, regulamenta o imposto sobre renda. Conforme disposto no art. 99 do Código Tributário Nacional, o conteúdo da regulamentação deve se restringir àquelas matérias expressamente remetidas pela lei. Não obstante, não é incomum, no Brasil, encontrar uma regulamentação que se apresente como uma consolidação de fato daquela exação. Ademais, inovações na legislação tributária também ocorrem por meio de tratados e acordos, com previsão no art. 98 no CTN[5].

O princípio da anterioridade tributária traz a garantia de conhecimento prévio da nova lei tributária ou da preexistente e majorada. Nos termos do art. 150, III, *b*, da Constituição, é vedada a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que foi publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Esse princípio é conhecido também como o da não surpresa. A interpretação do princípio permite concluir que ele exige que a lei instituidora ou majoradora seja publicada em exercício anterior àquele em que ocorram os fatos geradores do tributo novo ou majorado[6]. O entendimento atualmente pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, conclui que o princípio da anterioridade exige que à apuração do imposto de renda deva ser aplicada a legislação vigente antes do início do ano-calendário considerado.

O princípio da irretroatividade tributária, disposto no art. 150, III, a, da Constituição, decorre do princípio geral da irretroatividade relativa das leis, com previsão no art. 5º, XXXVI, da Constituição. O princípio da irretroatividade tributária completa o princípio da anterioridade e o da legalidade ao vedar a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. O art. 105 do CTN, segundo o qual “a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa”, pode apresentar entendimento controverso frente ao princípio da irretroatividade. A doutrina, no entanto, infere que o disposto nesse artigo não permite interpretação contrária ao princípio citado, ou seja, assume-se que a legislação vigente no ano da declaração do imposto de renda não poderá retroagir ao ano em que os fatos geradores ocorreram[7].

O princípio da vedação de tributo confiscatório, disposto no art. 150, inciso IV, da Constituição, visa evitar que o Estado se utilize de seu poder fiscal para fazer uso do tributo com efeito de confisco, ou seja, evitar que o Estado se aproprie de parte considerável de patrimônio de particular. Esse princípio decorre da garantia constitucional da propriedade privada e tem ligação íntima com o princípio da capacidade contributiva. Para determinar se um tributo possui natureza confiscatória é preciso analisar caso a caso à luz do princípio da capacidade contributiva. Não se considera confisco, no entanto, a tributação exacerbada, ou seja, em valores superiores ao considerado razoável ou à capacidade contributiva do sujeito passivo, quando o tributo é de finalidade extrafiscal ou quando é utilizado como instrumento coercitivo para o cumprimento do princípio constitucional da função social da propriedade. Com relação ao imposto de renda, o legislador pode entender a necessidade de tributar de forma mais onerosa as receitas provenientes de atividades que devam ser desestimuladas[8]. Incidindo o tributo sobre a fonte, seria possível o uso de alíquota mais alta do que as adotadas habitualmente.

O princípio da isonomia tributária, disposto no art. 150, II, da Constituição, decorre do princípio constitucional geral de isonomia. Por isonomia tributária entende-se a obrigatoriedade de, tanto o legislador

quanto o aplicador da lei, conferir mesmo tratamento tributário aos contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Esse princípio estabelece duas exigências a serem cumpridas na elaboração e na aplicação das leis tributárias: 1) não discriminar os contribuintes que se encontrem em situação equivalente; 2) discriminar, com base na capacidade contributiva, os contribuintes que não se encontrem em situação equivalente. Se não cumpridas as exigências, ferir-se-á o princípio da igualdade jurídica, pois se estará tratando igualmente os desiguais^[9]. O princípio da isonomia tributária se concretiza mediante a realização dos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade.

O princípio da capacidade contributiva completa o da isonomia tributária. Para alguns autores, como Sacha Calmon Navarro Coêlho, o princípio da capacidade contributiva resulta do lado positivo do dever de igualdade, no sentido de fornecer tratamento desigual aos desiguais. Esse princípio se encontra disposto no art. 145, § 1º, da Constituição, segundo o qual “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. A expressão “capacidade econômica” é criticada porque tende a ser entendida como reflexo da situação patrimonial do contribuinte, uma vez que deveria se referir às suas possibilidades de desembolso, o que refletiria sua efetiva capacidade de pagar tributos. Esse princípio exige que a carga tributária seja compatível com a situação pessoal do contribuinte, de forma a impedir que se torne algo insuportável ao contribuinte (o que poderia comprometer sua subsistência) e garantindo a distribuição da carga tributária global entre os contribuintes conforme a capacidade de cada um de pagar tributos^[10].

Em alguns casos, pode o contribuinte ser isento de pagamento do IRPF quando possuir renda tributável abaixo de determinado valor, com base na garantia do mínimo existencial e no princípio da vedação de tributo confiscatório. O princípio da capacidade contributiva visa legitimar a tributação na medida em que gradua a carga tributária individual. Esse princípio está insculpido na Constituição de 1988 com o status de princípio constitucional e na categoria de cláusula pétrea^[11].

Os princípios da pessoalidade e o da capacidade contributiva se relacionam de tal forma que ambos estão figurados no mesmo dispositivo

constitucional, a saber, art. 145, § 1º. Esses princípios se requerem reciprocamente, de modo que, isoladamente, eles não são capazes de produzir os efeitos esperados. A personalização se volta para o legislador e implica que, na estruturação do tributo, sejam consideradas determinadas características do contribuinte. O respeito à capacidade contributiva depende da aplicação do princípio da pessoalidade.

Os princípios da generalidade e da universalidade, dispostos no art. 153, § 2º, I, da Constituição, denominados pelo legislador de critérios informativos do imposto sobre a renda, guardam íntima relação com o princípio da igualdade. A igualdade, no âmbito da tributação, só se concretizará mediante a realização de tais princípios. O princípio da generalidade exige que todas as pessoas se submetam ao imposto de renda, enquanto a universalidade pressupõe a submissão integral dos rendimentos do contribuinte à tributação. O imposto deve incidir sobre todas as rendas, de todas as pessoas, com exceção a hipóteses que justifiquem tratamento diferenciado[12]. Os princípios da generalidade e da universalidade são reforçados pelo art. 150, II, da Constituição, que dispõe sobre o princípio da igualdade tributária, o qual veda aos entes federativos a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

O princípio da progressividade, previsto no art. 153, § 2º, I, da Constituição, estabelece que as alíquotas aumentem à medida que os valores sobre os quais incide são maiores, mantendo uma relação positiva com o nível de renda. À proporção que a renda aumenta, o contribuinte deve pagar mais, tanto em termos absolutos quanto em termos relativos, isto é, deve comprometer um percentual maior de sua renda. Dessa forma, o imposto de renda pode contribuir para a melhoria da distribuição de renda, partindo da consideração que o valor poupado pelos contribuintes com renda mais baixa seria um acréscimo às suas rendas e que o valor pago pelos contribuintes com rendas maiores equivaleria a uma redução das rendas destes[13]. A transferência de renda dos mais capacitados economicamente para os menos afortunados, portanto, seria possível.

O princípio da progressividade é essencial para conferir concretude ao princípio da capacidade contributiva e ao da isonomia tributária. No

entanto, existem atualmente no Brasil apenas quatro alíquotas, o que compromete o atendimento ao critério da progressividade e, conseqüentemente, que o imposto sobre renda atue como instrumento de justiça social.

A Constituição dispõe uma série de princípios que se aplicam ao âmbito tributário e, mais especificamente, ao imposto de renda. A tarefa de dispor de maneira mais minuciosa acerca dos impostos fica a cargo do Código Tributário Nacional que, nos termos dos artigos 43 a 45, trata do imposto sobre renda. O CTN irá instituir os limites dentro dos quais deve ser elaborada a lei ordinária instituidora de tributo. É possível apreender do art. 43 do Código que o fato gerador do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza é a aquisição de sua disponibilidade econômica ou jurídica, e não a renda e os proventos em si. Apesar das divergências doutrinárias acerca da caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto, o entendimento que prevalece na doutrina é aquele que coloca a aquisição da disponibilidade econômica como elemento central, assumindo papel secundário a disponibilidade jurídica^[14].

A renda é definida, conforme disposto no art. 43, inciso I, do Código, como acréscimo patrimonial gerado pelo trabalho, pelo capital ou pela combinação de ambos, durante determinado período de tempo. A expressão “acrécimo patrimonial” não é conceituada no Código, cabendo ao intérprete realizar essa tarefa. Para fins de tributação, esse acréscimo é considerado o aumento patrimonial, que deve ser passível de valoração econômica, para que, assim, possa ser identificada a base de cálculo e a incidência do tributo. Deve ser considerado aqui o acréscimo líquido, ou seja, aquele que resulta após a dedução dos custos na produção da renda^[15]. A renda implica aumento do potencial de consumo por acréscimo patrimonial líquido ou pelo efetivo consumo de bens ou serviços em um determinado período.

Segundo Misabel Derzi, “renda é o produto, fluxo ou acréscimo patrimonial, inconfundível com o patrimônio de onde promana, assim entendido o capital, o trabalho ou a sua combinação”. Para ela, provento é a forma específica de rendimento tributável, fruto do acréscimo patrimonial resultante de uma atividade que já cessou, mas que ainda produz rendimentos. E proventos, em sentido amplo, seriam os acréscimos

patrimoniais cuja origem seja ilícita ou não identificável. Os proventos de qualquer natureza compreendidos no art. 43, II, do CTN, incluem todos os acréscimos patrimoniais líquidos que não decorram do trabalho e do capital, de heranças, legados e doações^[16]. O legislador, no entanto, entende que heranças, legados e doações estariam contemplados no conceito de proventos de qualquer natureza, mas que usufruem de isenção. Quanto aos acréscimos patrimoniais que tenham caráter de reposição, a jurisprudência brasileira entende que estes não se sujeitam à incidência do imposto de renda.

Na sequência, no art. 44 do Código Tributário Nacional, encontra-se disposta a base de cálculo do imposto sobre renda. O dispositivo apresenta a seguinte redação: “a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”. O legislador escolheu como base de cálculo do tributo uma grandeza intimamente ligada à renda ou ao provento, que é o valor da renda ou dos proventos tributáveis, podendo este valor assumir três acepções diferentes: real, arbitrado e presumido. Deve-se considerar aqui, à semelhança do dispositivo anterior, o montante líquido. A base de cálculo efetiva do imposto depende da modalidade de tributação, que pode ser mensal, anual, na fonte ou definitiva. Independentemente da modalidade adotada, o imposto incide na data do pagamento ou creditamento dos rendimentos, mesmo que esses se refiram a outro período.

O Código conclui a seção dedicada ao imposto sobre renda no art. 45, que dispõe sobre o contribuinte do imposto. O contribuinte, conforme esse dispositivo, é o titular da disponibilidade econômica ou jurídica, podendo a lei atribuir essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis. A referência ao titular da disponibilidade no caput desse artigo está em conformidade com o disposto no art. 121, I, do CTN, segundo o qual “o sujeito passivo da obrigação principal diz-se contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”. No entanto, no que se refere ao possuidor, o legislador não adotou a melhor solução. Na hipótese de o possuidor constituir fonte pagadora no Brasil, quando o beneficiário da renda ou dos proventos se localizar no exterior, o fato gerador da obrigação

tributária não residiria na aquisição da disponibilidade da renda ou dos proventos, mas na entrega destes, o que diverge do disposto no caput do art. 43 do CTN e fere a Constituição no seu art. 153, III^[17].

O imposto sobre renda, ainda que se submeta aos princípios constitucionais tributários, não consegue atuar eficazmente como instrumento de justiça social devido a uma série de fatores que impedem uma incidência mais justa do imposto citado e devido à ineficiência da matriz tributária como um todo.

3. História do imposto sobre renda de pessoa física no Brasil

Os primeiros estudos e projetos para criação do imposto de renda no Brasil datam do século XIX. A primeira Constituição brasileira, de 1824, continha muito pouco sobre tributação e nada sobre tributos provinciais e locais. À época, o poder fiscal se centrava na figura do imperador.

Por sua vez, a primeira Constituição republicana, em 1891, em consonância com o modelo de Estado federal que adotou, se atentou para a discriminação das competências tributárias da União (art. 7º) e dos Estados (art. 9º). Como essa Constituição se omitiu em relação aos tributos de competência dos municípios, aos Estados foi incumbida a tarefa de regular essa matéria.

A Carta de 1934 discriminava com mais clareza a matéria tributária, tratando dos impostos que a União (art. 6º), os Estados (art. 8º) e os Municípios (art. 13, § 2º) poderiam instituir, de acordo com a respectiva competência que lhes era atribuída, além de prever a criação de impostos residuais (art. 10, VII) e a cobrança de contribuição de melhoria pela União, Estados ou Municípios (art. 124).

A matéria tributária sofreu profunda transformação após um grande período de tempo, com a Emenda Constitucional 18, de 1º de dezembro de 1965, durante a ditadura militar. Desde 1891 as Constituições brasileiras vinham mantendo as discriminações tributárias nos mesmos moldes, variando muito pouco ao longo do tempo. A Emenda introduziu no sistema tributário nacional a classificação dos impostos, discriminou-os com referência às suas bases econômicas. A reforma tributária trazida pela

Emenda facilitou a operacionalização dos impostos e contribuiu para a efetiva consolidação do princípio federativo, a partir da clareza na atribuição de competência tributária aos entes federativos[18].

Concernente ao imposto de renda, a Carta de 1891 não previa expressamente a criação do imposto, mas permitiu sua instituição pela União e pelos Estados pela via de competência concorrente e cumulativa. No entanto, somente em 31 de dezembro de 1922, na Lei 4.625, que dispunha sobre o orçamento para o exercício seguinte, foi prevista a criação do imposto de renda. O imposto foi instituído somente um ano depois, em 31 de dezembro de 1923, pela Lei 4.783, também orçamentária. O Decreto 16.581, de 4 de setembro de 1924, aprovou o primeiro Regulamento do imposto de renda.

Até 1988, o modelo cedular tradicional foi adotado pelo Brasil para tributação da renda. Os rendimentos tributáveis eram classificados em quatro cédulas, com o acréscimo de mais uma com a Lei orçamentária de 31 de dezembro de 1924. Em 1988, a legislação do imposto de renda foi alterada pela Lei 7.713, de 2 de dezembro. Conforme disposto no art. 2º dessa lei, a apuração do imposto de renda devido pelas pessoas físicas seria feita mensalmente. Esse novo sistema dispunha de apenas duas alíquotas aplicáveis ao IRPF: 10% e 25%. Anteriormente, as alíquotas aplicáveis variavam de 3% a 55%. Em 1995, a Lei 9.250 alterou as alíquotas para 15% e 25%, que vigoraram durante os anos-calendários de 1996 e 1997. Com a Lei 9.532/97, a partir de 1998, as alíquotas aplicáveis passaram a ser 15% e 27,5%[19], o que valeu até o ano-calendário de 2008.

A Lei 7.713/88, embora tenha simplificado a sistemática de apuração e declaração do imposto de renda, trouxe modificações que comprometeram o caráter pessoal do imposto e, conseqüentemente, o respeito ao princípio da capacidade contributiva. O atendimento ao princípio constitucional da progressividade foi também seriamente comprometido pela introdução de apenas duas alíquotas aplicáveis ao IRPF.

No ano-calendário de 1989 foi adotado o sistema de bases correntes em substituição às deduções cedulares em exercício desde 1926. A lei 7.713/88 produziu profundas alterações na legislação do imposto de renda.

A partir de 1º de janeiro de 1989, o imposto de renda das pessoas físicas passou a ser devido mensalmente, à medida que os rendimentos e ganhos de capital fossem percebidos. Esse sistema visava a substituição da base anual do imposto pelo sistema de bases correntes, com o ajuste mensal do imposto. Nesse sistema, o objeto e o período de incidência coincidem com o próprio exercício financeiro em curso[20].

No exercício de 1990, o contribuinte tinha dois modelos de declaração: Informações e Ajuste. A declaração de informações era fácil de preencher e era apenas informativa, não havia cálculo. A declaração de ajuste, por exigir do contribuinte muitos cálculos, era mais complexa. Esta última devia ser apresentada por aqueles contribuintes que receberam rendimentos tributáveis de mais de uma fonte pagadora em um mesmo mês. O sistema de bases correntes não obteve o resultado esperado, devido principalmente à complexidade dos cálculos para apuração do saldo a pagar na Declaração de Ajuste, durando apenas um exercício[21].

Em 1991, a Receita Federal instituiu o programa de preenchimento da Declaração de Rendimentos do Imposto de Renda. O programa introduziu o meio magnético como uma alternativa ao formulário de declaração do imposto de renda. Como os microcomputadores ainda não eram populares, apenas 3% dos declarantes aderiram o meio. Com a crescente adesão ao meio magnético ao longo dos anos, no exercício de 1996, ano-calendário de 1995, foi instituído o programa Imposto de Renda da Pessoa Física para o sistema operacional Windows, que teve boa receptividade[22]. Com o advento do Receiternet, em 1997, passou a ser possível realizar a entrega da declaração via internet, sem precisar sair de casa.

O formulário funcionou como meio de preenchimento e entrega da declaração do IRPF até o exercício de 2010. A partir de 2011, a declaração era feita e entregue por meio do computador, via programa IRPF. No exercício de 2013 foi introduzida mais uma possibilidade para preenchimento e entrega da declaração: utilização de dispositivos móveis com sistemas operacionais android e iOS. Através do m-IRPF, acionado pelo aplicativo APP Pessoa Física, é feito o preenchimento e envio da declaração.

Mais uma alternativa surge no exercício de 2014, que é a Declaração Pré-Preenchida, podendo ser utilizada pelo contribuinte que preenchesse alguns pré-requisitos. Para a declaração do IRPF 2015 foi permitido ao contribuinte fazer um rascunho, preencher os dados à medida que os fatos ocorriam, não precisando preencher tudo no período de entrega da declaração. Por fim, no exercício de 2015, a Declaração de Ajuste Anual também podia ser elaborada através do serviço “Declaração IRPF 2016 on-line”, no Centro Virtual de Atendimento (e-CAC) no site da receita federal[23].

Ao longo da história do imposto de renda no Brasil, a quantidade de alíquotas e a taxa mais elevada da tabela progressiva, bem como o valor de isenção, sofreram muitas modificações. As formas de preenchimento e entrega da declaração mudaram, novas foram criadas e algumas foram extintas, até se chegar à configuração atual. Foi registrada, desde o início da década de 1990, uma tendência de aumento na quantidade recebida de declarações do IRPF. A quantidade entregue oscila, sobretudo, em virtude do critério de obrigatoriedade. Quando os valores da obrigatoriedade aumentam mais que a inflação, a quantidade tende a diminuir. A simplificação e a ação fiscal também influenciam na quantidade. Declarações mais simples e operações de fiscalização contribuem para aumentar a quantidade de declarações. Atualmente, as tabelas de incidência mensal do IRPF apresentam quatro alíquotas aplicáveis: 7,5%, 15%, 22,5% e 27,5%, configuração que se mantém desde o ano-calendário de 2009[24].

4. Injustiça e iniquidade na tributação da renda

O termo “Justiça Social” adquiriu diferentes acepções ao longo do tempo, até se chegar, hoje, em um dos significados mais aceitos, dado por Alceu de Amoroso Lima, que entende que a justiça abrange três espécies diferentes, as quais define nos seguintes termos:

“A justiça comutativa é a mais elementar forma de justiça. Ao dar, temos o direito de receber algo de equivalente. Na justiça distributiva, temos o dever de contribuir para a coletividade, sem qualquer exigência de retribuição respectiva. Na justiça social, é a

coletividade que tem o dever de contribuir para que cada pessoa humana receba na base de suas necessidades essenciais.”[\[25\]](#)

A Justiça Social não apresenta uma acepção uníssona, universal, comum a todas as pessoas. Ela se coloca enquanto espécie autônoma de justiça por tratar especificamente da relação entre indivíduo e sociedade, e vice-versa, podendo se referir tanto a comportamentos dos indivíduos e da sociedade quanto a situações que decorrem desses comportamentos. A Justiça Social diz respeito igualmente à distribuição do bem comum entre os grupos e indivíduos e à contribuição de cada um para a coletividade[\[26\]](#), com base nos critérios da necessidade e da capacidade de cada um. O Estado também está abrangido pelo conceito de Justiça Social, atuando enquanto entidade que deve servir à sociedade e com a obrigação de cumprir a função social a ele inerente. A realização da Justiça Social somente se dará mediante a colaboração conjunta do Estado e da sociedade como um todo, dos segmentos que a compõe e das pessoas individualmente.

Conforme define Carlos Araújo Leonetti:

“A Justiça Social é praticada quando, simultaneamente: os ônus e os bônus do todo social são repartidos entre todos, de acordo com critérios prévia e democraticamente definidos e segundo a capacidade e a necessidade de cada um; e é assegurado a cada indivíduo o mínimo indispensável a uma vida digna.”[\[27\]](#)

O Estado necessita dos tributos para se manter e para que possa desempenhar sua função social. O tributo é uma das formas que o ônus assume, sendo este definido como todos os encargos inerentes à vida social, disciplinados ou não no âmbito do direito positivo. Enquanto o bônus se refere aos benefícios, em sentido amplo, que a sociedade, por meio do Estado ou não, tem a oferecer aos indivíduos.

No que tange às necessidades básicas de cada um, as quais possibilitam uma vida digna ao indivíduo e sua família, cabe ao próprio indivíduo ou à sua família supri-las. Quando não foram capazes de suprir

tais necessidades, cabe à sociedade, sobretudo por meio do Estado, realizar essa tarefa.

A concretização da Justiça Social requer respeito aos princípios constitucionais tributários. Alguns desses princípios têm aplicação direta ao IRPF, os quais se organizam em dois grupos: aqueles mais ligados ao aspecto da legalidade e os que se relacionam mais com o princípio da igualdade[28].

No que tange a legalidade, a legislação brasileira instituiu entre os rendimentos tributáveis algumas receitas que não possuem natureza de renda ou proventos tributáveis, se tratando, portanto, de violação do princípio da legalidade e, conseqüentemente, de comprometimento da atuação do IRPF como instrumento de Justiça Social. Muitas são as ocasiões em que o legislador parece desrespeitar esse princípio, como se verá a seguir.

Uma das situações que representa essa violação é a consideração de férias e licenças-prêmio como rendimentos tributáveis, nos termos do RIR/99, art. 43, II e III, quando estes assumem caráter indenizatório, o que vai de encontro ao conceito de renda e proventos de qualquer natureza, a que se refere o CTN ao dispor sobre o imposto de renda. Ainda que a legislação não tenha se manifestado contrariamente a esse dispositivo, a jurisprudência entendeu, nas Súmulas 125 e 136 do STJ, que o caráter indenizatório destas vantagens pecuniárias não admite a incidência do imposto de renda.

Ainda no mesmo decreto e artigo, RIR/99, art. 43, X, está explícito o caráter indenizatório das verbas, dotações e auxílios, uma vez que as despesas em que incorreu o contribuinte na geração de renda devem ser custeadas pelo empregador. Tais despesas deveriam ser obrigatoriamente excluídas dos rendimentos tributáveis do contribuinte, o que é contrariado no dispositivo citado[29].

Nos termos dos arts. 43, §3º e 72 do RIR/99, a atualização monetária, juros de mora e quaisquer outras indenizações pelo atraso no pagamento das remunerações do trabalho assalariado são considerados para fins de

incidência do imposto sobre renda. No entanto, essas verbas não representam propriamente acréscimos patrimoniais, mas sim apresentam caráter indenizatório e, portanto, não poderiam ser objeto de incidência do imposto de renda.

Disposto no RIR/99, art. 49, § 1º, 10% do valor venal de imóvel cedido gratuitamente é instituído como rendimento tributável, exceto se pra cônjuge ou parente de primeiro grau (RIR/99, art. 39, IX). A cessão gratuita do contribuinte implica na inexistência de rendimento a ser tributado, tendo esse dispositivo, portanto, ferido a Constituição.

Há a previsão, no RIR/99, art. 49, § 2º, de tributação sobre atualização monetária, juros de mora, multas por rescisão de contrato de locação e quaisquer outras compensações pelo atraso no pagamento de aluguéis. O caráter ressarcitório dessas verbas não admitiria incidência de imposto sobre a renda.

A tributação de juros compensatórios ou moratórios de qualquer natureza e quaisquer outras indenizações por atraso de pagamento de rendimentos tributáveis, prevista no RIR/99, art. 55, XIV, igualmente não se justifica, por apresentarem as verbas caráter indenizatório, não existindo acréscimo patrimonial a ser tributado.

Com previsão no RIR/99, art. 119, sobre a transferência de direito de propriedade por sucessão, nos casos de herança, legados e doações, incidirá imposto. Nos termos do § 1º desse artigo, a transferência efetuada a valor de mercado implicará a incidência de imposto sobre a diferença entre este e o valor que constava na declaração de bens do doador ou do *de cuius*. No entanto, conforme definido no art. 155 da Constituição, compete aos Estados e ao Distrito Federal realizar a tributação sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos, não podendo incidir, nessas situações, o imposto sobre a renda, cuja cobrança é de competência privativa da União.

Com relação às indenizações decorrentes de desapropriações, com previsão no RIR/99, art. 123, § 4º, e exceção prevista no art. 120, I, o valor da atualização monetária não constitui acréscimo patrimonial, mas somente indenização que busca repor as perdas do expropriado. A jurisprudência tem

corroborado para o entendimento da inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda sobre o caso do art. 123, § 4º e sobre os juros moratórios e compensatórios[30].

Ademais das situações expostas, outra questão relacionada ao princípio da legalidade é a falta de ajuste periódico das alíquotas aplicáveis ao imposto de renda, que resulta em aumento do valor devido de um mês para o outro ou de um ano-calendário para outro sem que lei anterior o defina. Por outro lado, com relação aos princípios da anterioridade e da irretroatividade, a legislação tem os respeitado, ao menos no que tange ao imposto sobre a renda.

No que diz respeito ao princípio da igualdade, a legislação tem o desrespeitado demasiadamente quando se trata do imposto de renda. O desrespeito pode ser percebido facilmente ao se notar o tratamento evidentemente desigual de pessoas em situação equivalente, o que acontece, por exemplo, quando a indenização por usar meio próprio de locomoção em decorrência do exercício de suas funções só é isenta de tributação nos casos em que o servidor seja público e da União. Assim, os servidores públicos dos Estados, Distrito Federal e Municípios e os trabalhadores da iniciativa privada recebem tratamento desigual em relação aos servidores públicos da União que se apresentam em situação equivalente. A indenização tem caráter ressarcitório, não devendo, portanto, ser tributada em nenhum caso[31].

Outro fator que afeta a obediência ao princípio da igualdade é o número reduzido de itens de despesas dedutíveis dos rendimentos brutos do contribuinte, além dos limites impostos, e não reajustados periodicamente, para algumas dessas despesas. Isso afeta diretamente o caráter pessoal do imposto de renda e, conseqüentemente, impede a efetiva atuação do IRPF como instrumento de Justiça Social. Esse problema teve início com a introdução do sistema de tributação em bases correntes, com a Lei 7.713/88, que, embora tenha simplificado a apuração do imposto, acabou por comprometer o caráter pessoal do tributo e o respeito à capacidade contributiva.

A Lei 7.713/88 alterou significativamente o sistema de tributação no Brasil, afetando a progressividade do IRPF ao diminuir a quantidade de alíquotas aplicáveis a esse imposto, bem como a alíquota máxima aplicável. A falta de reajuste periódico, de acordo com a inflação, da tabela de alíquotas resulta em onerar mais os trabalhadores de renda média e atingir cada vez mais os de renda baixa, o que resulta em prejuízo à melhoria da distribuição da renda e à garantia do mínimo social. O imposto, atualmente, se apresenta muito pouco progressivo[32].

A atuação insatisfatória do imposto sobre a renda como instrumento de Justiça Social decorre da enorme discrepância entre o perfil de exação traçado pelo legislador infraconstitucional e o desenho trazido pela Constituição atinente ao mesmo imposto. O legislador não atendeu às delimitações traçadas constitucionalmente, o que implica no não atendimento satisfatório dos princípios constitucionais tributários, em especial aqueles relacionados diretamente ao imposto de renda da pessoa física: os princípios da legalidade, da igualdade, da capacidade contributiva, da pessoalidade e da progressividade[33].

5. Conclusão

A tributação da renda, no Brasil, apresenta ínfima contribuição para a progressividade do sistema tributário como um todo. A onerosidade atribuída ao contribuinte não se dá de forma efetivamente equitativa, sobretudo devido à falta de ajuste periódico das alíquotas conforme a inflação e à existência de apenas quatro alíquotas aplicáveis. O respeito à equidade fiscal e à justiça tributária deixa muito a desejar.

Observando o todo desse sistema, é perceptível que famílias com menores rendas são proporcionalmente mais oneradas do que aquelas com rendas maiores. A atual estruturação tributária do Brasil favorece a regressividade e piora a distribuição de renda na sociedade. O resultado de uma tímida progressividade da tributação direta somada à regressividade da tributação indireta é um sistema tributário regressivo, que tem se acentuado cada vez mais em nosso país.

Um sistema tributário caracterizado pela baixa progressividade da tributação direta, pela baixa participação desse tipo de imposto na carga

global de tributação e pelas modestas alíquotas aplicadas às rendas mais altas é incapaz de provocar mudanças significativas na distribuição de renda. É muito pouco efetiva a tributação direta no Brasil no sentido de alcançar alguma melhoria social. A situação se agrava pela ausência de interesse em debater a equidade no âmbito da tributação, o que corrobora para a manutenção do *status quo* daqueles beneficiados por esse sistema, os mais ricos.

6. Referências bibliográficas

AFONSO, José Roberto Rodrigues; CASTRO, Kleber Pacheco de; SOARES, Julia Moraes. *Avaliação da estrutura e do desempenho do sistema tributário brasileiro*. Livro branco da tributação brasileira. Banco Interamericano de Desenvolvimento. 2013.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, 1966.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n.º: 3.000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Diário Oficial da União, 17 de junho de 1999.

BRASIL. Decreto n.º: 16.581, de 4 de setembro de 1924. Aprova o regulamento do imposto sobre a renda. Coleção de Leis do Brasil, 1924.

BRASIL. Lei 4.625, de 31 de dezembro de 1922. Orça a Receita Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1923. Diário Oficial da União, 2 de janeiro de 1923.

BRASIL. Lei 4.783, de 31 de dezembro de 1923. Orça a Receita Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1924. Diário Oficial da União, 4 de janeiro de 1925.

BRASIL. Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Diário Oficial da União, 23 de dezembro de 1988.

BRASIL. Lei 9.250, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. Diário Oficial da União, 27 de dezembro de 1995.

BRASIL. Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, 11 de dezembro de 1997.

BRASIL. Lei 16.761, de 31 de dezembro de 1924. Proíbe a entrada no território nacional de imigrantes (passageiros de 2ª e 3ª classe) nos casos e condições previstos nos arts. 1º e 2º da lei n. 4.247, de 6 de janeiro de 1921. Diário Oficial da União, 28 de março de 1935.

LEONETTI, Carlos Araújo. *O Imposto sobre Renda como Instrumento de Justiça Social no Brasil*. 1.ed. Barueri: Manole. 2003.

Notas:

[1] Informações disponíveis em: <http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/1480997/definicao-de-tributo-e-imposto>

[2] Para aprofundar o assunto, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, páginas 31 e 32.

[3] Para mais informações, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 60.

[4] Para aprofundar o assunto, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, páginas 35, 36 e 37.

[5] Para mais informações, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, páginas 38 e 39.

[6] Vide, sobre este tema: Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 40.

[7] Para aprofundar o assunto, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 48.

[8] Vide, sobre este tema: Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 51.

[9] [9] Para mais informações, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 52.

[10] Para aprofundar o assunto, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 54.

[11] Para mais informações, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, páginas 55 e 56.

[12] Vide, sobre este tema: Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 57.

[13] Para mais informações, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 59.

[14] Sobre este assunto, vide: Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 62.

[15] Para aprofundar o assunto, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 66.

[16] Para aprofundar o assunto, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 69.

[17] Para mais informações, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 74.

[18] Para aprofundar o assunto, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 16.

[19] Dados disponíveis em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica>

[20] Informações adicionais em:
<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/imposto-de-renda/historia/1982-a-1990-o-lancamento-por-homologacao-e-o-sistema-de-bases-correntes>

[21] Informações disponíveis em:
<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/imposto-de-renda/historia/1982-a-1990-o-lancamento-por-homologacao-e-o-sistema-de-bases-correntes>

[22] Informações disponíveis em:
<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/imposto-de-renda/historia/1991-a-1996-comeca-a-informatizacao-no-preenchimento-da-declaracao>

[23] Informações disponíveis em:
<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/imposto-de-renda/historia/1997-a-2014-o-avanco-tecnologico-seguranca-rapidez-e-facilidade-no-preenchimento-e-na-entrega-da-declaracao>

[24] Para mais informações, acesse:
<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica>

[25] LIMA, Alceu Amoroso. *Tudo é mistério*. Petrópolis: Vozes, 1983, p. 164.

[26] Para mais informações, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 173.

[27] LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 174.

[28] Para mais informações, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 178.

[29] Para aprofundar o assunto, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 180.

[30] Para mais informações, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 183.

[31] Art. 39, XXIV, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

[32] Para aprofundar o assunto, vide Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 204.

[33] Sobre o assunto, vide: Carlos Araújo Leonetti. *O imposto sobre renda como instrumento de justiça social no Brasil*, página 205.

A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E A LEI MARIA DA PENHA

DIOGO ALEXANDRE RESTANI:
Assistente Jurídico do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pós-graduado pela Escola Paulista da Magistratura, especialista em Direito Penal.

SUMÁRIO: Os Juizados Especiais Criminais. Previsão constitucional da instituição dos Juizados Especiais Criminais. A Lei nº 9.099/95 e a justiça consensual. Constitucionalidade. As Leis nºs 10.259/2001 e 13.313/2006. Infrações de menor potencial ofensivo. A (in)aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

OBJETO: Análise objetiva e jurisprudencializada acerca da Lei dos Juizados Especiais Criminais e a Lei Maria da Penha.

O artigo 98, *caput*, da Constituição Federal, previu que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão (inciso I) juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

A Lei 9.099/95 revolucionou o sistema processual-penal brasileiro e objetivava constituir os Juizados num instrumento de rápida solução dos conflitos, com entrega de pronta resposta jurídica, fincada, de forma precípua, na conciliação e na transação.

Houve verdadeira quebra no arcaísmo de mais de 50 anos dos Códigos Penal e de Processo Penal, cuja legislação encontrava-se (como se encontra) disfuncional e ultrapassada, gerando descrédito da Justiça Penal.

A aplicação imediata de pena não privativa de liberdade possibilitou o rompimento do sistema tradicional e viabilizou a aplicação de pena sem

discussão da culpabilidade, antes mesmo do oferecimento da denúncia, sem que a aceitação da proposta do Ministério Público ensejasse o reconhecimento da culpabilidade penal, tampouco o da responsabilidade civil.

A suspensão condicional do processo, assim como a transação penal, evita a anotação externa do registro do fato, como se simplesmente não tivesse ocorrido.

A preocupação com a vítima é outro ponto que deve ser ressaltado, especialmente pela previsão da transação civil e da reparação de danos, inclusive na suspensão do processo, passando-se a exigir representação para crimes de lesões corporais leves e culposas.

O rito sumaríssimo e o julgamento do recuso por turma constituída por juízes de primeiro grau, além de emprestar celeridade para os casos de menor potencial ofensivo, também constituiu em fator de desburocratização e simplificação.

O maior alvo de críticas, inclusive acerca de sua constitucionalidade, foi a transação penal, prevista no artigo 76, da Lei nº 9.099/95.

Dois eram os principais fundamentos nesse sentido:

(a) a aplicação de pena sem processo e sem reconhecimento de culpa infringiria o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”);

(b) afrontaria também a presunção de inocência, inserta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

Ocorre que a própria Constituição Federal expressamente autorizou a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, como se observa do inciso I, do artigo 98, da Constituição Federal (“juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor

complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”).

Além disso, a aceitação da proposta representa técnica de defesa, já que deverá ser formalizada com a assistência de advogado, tratando-se de opção do autor do fato, que pode então escolher entre evitar o processo ou provar sua inocência.

Ademais, a transação penal não implica em reconhecimento da culpabilidade, não gera reincidência ou antecedentes criminais, sendo registrada apenas para evitar novo benefício no prazo de cinco anos (o autor do fato continua com a condição de inocente). Enfim, não tem efeitos penais e civis.

O conceito de infração de menor potencial ofensivo foi originariamente assentado no artigo 61, da Lei nº 9.099/95, e estava vinculado às “...contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

A Lei nº 10.259/2001, que dispôs sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, derogou o referido artigo 61, ao passar a disciplinar, em seu artigo 2º, parágrafo único, que deviam ser consideradas infrações de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa.

A Lei nº 13.313/2006, por seu turno, editada apenas para pacificar o conceito das infrações de menor potencial ofensivo, notadamente na parte relativa aos casos com procedimento especial, estabeleceu de forma definitiva que infrações penais de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, independente da existência ou não de procedimento especial.

A Lei nº 11.340/2006, que ficou conhecida como Lei Maria da Penha –nome em homenagem à farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que por vinte anos lutou para ver seu então marido preso, pelo tiro de espingarda que desferiu em sua coluna, enquanto a vítima dormia, destruindo a terceira e quarta vértebras, ocasionando-lhe a paraplegia –, criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Nesses casos as vítimas passaram a contar com legislação específica, não somente no aspecto repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial, com caráter protetivo de urgência.

A Lei nº 11.340/2006, em seu artigo 5º, estipulou configurar violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (I) no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; (II) no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; (III) e em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A mencionada legislação é categórica no sentido de que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos, concebendo-se em uma das formas de ação afirmativa estatal, em franca contrapartida aos compromissos assumidos em tratados e convenções internacionais.

A Lei Maria da Penha contém critérios específicos de hermenêutica, listados em seu artigo 4º, donde se extrai que é imprescindível considerar, em sua interpretação, os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Pois bem.

O artigo 17, da Lei nº 11.340/2006, estabelece que “é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

Já o seu artigo 41 é expresso em assentar que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Tem-se que, configurado caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, o descabimento da composição civil extintiva da punibilidade, da transação penal ou da suspensão condicional do processo.

Além disso, não se deve lavrar termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser registrado em auto próprio e, se for o caso, arbitrada fiança), com a instauração de inquérito policial (com a medida paralela prevista no artigo 12, inciso III, e §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.340/2006), e a denúncia deve ser escrita, seguindo-se na forma do procedimento estatuído no Código de Processo Penal.

A Súmula nº 536, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, já assentou que “a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

Dentro do amplo aspecto de violência doméstica e familiar, encontram-se alguns comportamentos que configuram contravenções penais, tais como vias de fato (art. 21), perturbação do trabalho e do sossego alheio (art. 42), importunação ofensiva ao pudor (art. 61) e perturbação da

tranquilidade (art. 65), as quais, por não constituírem crimes, em sua conceituação técnica, não deveriam afastar a aplicação da Lei nº 9.099/95, malgrado devesse prevalecer as vedações contidas no artigo 17, da Lei nº 11.340/2006.

Entretanto, rechaçando possível alegação do uso da analogia (*in malan partem*), o Excelso Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que, ínsita a violência nos atos de agressão perpetrados contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, a vedação contida no artigo 44, inciso I, do Código Penal, deve ser estendida à infração prevista no artigo 21, do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (1ª Turma, HC nº 137.888/MS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 20.02.2018).

A Corte Suprema, em respeito ao vetor hermenêutico indicado na ADC nº 19 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 28.04.2014), entendeu que se deve emprestar o maior alcance possível à legislação tendente a coibir a violência doméstica e familiar, como forma de evitar retrocessos sociais e institucionais na proteção das vítimas, avanço conquistado de modo árduo, na luta pela superação do sofrimento da mulher, muitas vezes experimentado em silêncio - no recôndito do lar, do seio familiar e da alma, agredida exatamente por aquele com quem divide o “teto” e dedica o afeto.

Restou resolvido no referido julgamento que o sistema protetivo da Lei nº 11.340/2006 – de nítido cunho constitucional e fortemente amparado em diplomas internacionais – deve ser interpretado com maior amplitude, de modo a obstaculizar a reinserção da violência contra a mulher na ambiência da legislação própria às infrações de menor potencial ofensivo, sem o que não se concretizará o comando do artigo 226, § 8º, da Constituição Federal.

A necessidade ou não de representação nas contravenções de vias de fato, especialmente para os casos envolvendo violência doméstica, sempre gerou grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Contudo, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4.424 e na ADC nº 4.424, julgada em 09 de fevereiro de 2012, que entendeu ser pública incondicionada a ação penal para os crimes de lesões corporais, afastando, assim, qualquer ingerência da lei dos juizados especiais no

âmbito dos crimes perpetrados mediante violência doméstica (e declarando a constitucionalidade do artigo 41, da Lei nº 9.099/95), a questão encontra-se pacificada no sentido de que, também para as contravenções de vias de fato, não é exigível a prévia representação da vítima.

Em outras palavras, com a referida decisão do Supremo Tribunal Federal, que a todos vincula (art. 102, § 2º, da CF), a ação penal, nos crimes de lesões corporais leve e culposas que envolvam violência doméstica, é pública incondicionada, a não reclamar, portanto, a prévia representação da vítima. Igualmente não se discutirá a constitucionalidade do artigo 41, da Lei nº 11.340/2006, que afasta a incidência da Lei nº 9.099/95 aos delitos perpetrados com violência doméstica e familiar contra a mulher, assim como tampouco se dirá que a lei é inconstitucional por afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres ou por invadir o âmbito da competência estadual para legislar sobre a criação de varas especializadas ou definir a competência da justiça criminal enquanto não implantados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Enfim, atualmente está consolidado o entendimento, com amplo respaldo jurisprudencial, acerca da inaplicabilidade global da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) no âmbito da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

O CRIME DE INJÚRIA SIMPLES E A CRIMINALIZAÇÃO DO COTIDIANO

ANGELICA KNOP: Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), campus Balneário Camboriú/SC.

Resumo: O presente trabalho visa analisar a criminalização excessiva que se faz do cotidiano a partir do crime de injúria simples, sob aspecto do Direito Penal no Brasil, partindo de uma premissa que nestes casos ele deve ser mínimo, a *ultima ratio* na solução do impasse, somente podendo ser invocado quando o bem jurídico protegido pelo tipo penal for realmente maculado, na medida em que certas condutas perseguidas pelo tipo penal encontram-se aceitas socialmente.

Palavras-chave: injúria simples; teoria da adequação social; direito penal mínimo; intervenção penal mínima; fragmentariedade.

Resumen: Este trabajo analiza la criminalización excesiva que se realiza todos los días de un delito de lesiones simples bajo aspecto del derecho penal en Brasil, basado en la premisa de que en estos casos debe ser mínimo, el *ultima ratio* para resolver el impasse, solamente puede ser invocada cuando los intereses jurídicos protegidos por el tipo penal es en realidad contaminados en la medida en que cierta conducta seguida por el tipo penal son aceptadas socialmente .

Palabras-clave: simple lesión; teoría de la adecuación social; el derecho penal mínimo; intervención penal mínima; fragmentariedad.

Sumário: 1. Introdução; 2. Do crime de injúria simples (art. 140 do CP); 3. O crime de injúria simples e a Teoria da Adequação Social: “não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto”; 4. Teoria do Direito Penal Mínimo (subsidiário e fragmentário): a contenção da desenfreada criminalização; 5. O princípio constitucional da intervenção penal mínima (necessidade): o Direito Penal não deve ocupar-se com condutas pífias; 6. O crime de injúria simples e a criminalização do cotidiano; 7. Considerações finais; Referência das fontes citadas.

1. Introdução

Por vezes, o Poder Judiciário, em especial na seara criminal, é incitado a resolver demandas interpessoais que de certa forma, com urbanidade e bom senso, seriam facilmente resolvidas entre seus protagonistas. Contudo, a realidade é inversa e o presente trabalho visa, brevemente, desconstruir essa cultura de litigância criminal que presenciamos atualmente.

Para tanto, analisar-se-á a criminalização excessiva que se faz do dia-a-dia do homem a partir do crime de injúria simples – e não aquelas hipóteses dos parágrafos segundo e terceiro do art. 140 do Código Penal (CP) -, sob aspecto do Direito Penal no Brasil.

Para tanto, iniciar-se-á com a realização do estudo do tipo penal previsto no art. 140, *caput*, do CP.

Posteriormente, será feita uma breve análise da Teoria do Direito Penal Mínimo, abordando o princípio da intervenção mínima (subsidiariedade e fragmentariedade), em que o direito penal deve intervir minimamente na vida cotidiana e, em *ultima ratio*, resolver impasses entre pessoas, tratando-se, por fim, do crime de injúria simples e a criminalização do cotidiano mediante condutas que, definitivamente, não atingem o bem jurídico tutelado pelo dispositivo do art. 140, *caput*, do CP. Falar-se-á também da adequação social do crime de injúria simples, posto que tais condutas são corriqueiras no cotidiano e “aceitas” pela sociedade brasileira contemporânea.

Frisa-se que não será tratado da descriminalização ou despenalização do crime de injúria simples, vez que tal delito é passível de ocorrência. Contudo abordará sua outra faceta, a da simplória injúria que não alcança o bem jurídico com tamanha gravidade, tornando a conduta aceita socialmente.

2. Do crime de injúria simples (art. 140 do CP)

O crime de injúria simples resta elencado no art. 140, *caput*, do CP, prevendo que aquele que *Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro*, incorrerá no tipo penal.

Conforme se infere do teor do dispositivo supracitado, o crime de injúria consiste na ofensa à dignidade, ou seja, mácula da honra da pessoa digna, ou do decoro, afrontando o comportamento e a decência da vítima.

Sendo assim, o objeto jurídico deste delito é a honra na sua forma subjetiva, afrontando a dignidade humana da vítima, que se reflete no sentimento de autopercepção, visto que o próprio texto legal delimita os aspectos da honra capazes de serem maculados: a dignidade e/ou o decoro, os quais representam atributos morais, físicos e intelectuais, nesta ordem[1].

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo deste crime, não demandando condição especial, havendo também discussão acerca da possibilidade da pessoa jurídica figurar como autor do delito. Contudo, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que ela não está legitimada a figurar como agente do delito[2].

O sujeito passivo, assim como o ativo, pode ser qualquer pessoa, até mesmo o inimputável, demandando que este tenha o discernimento necessário para entender o caráter ofensivo da conduta, ou seja, que está sendo lesado na sua honra[3].

Outra importante questão voltada à pessoa jurídica é a possibilidade dela figurar como vítima neste delito, porém predomina o entendimento de que ela não possui a honra subjetiva (dignidade humana e sentimento de auto percepção), e por essa razão não pode ser ofendida na sua dignidade ou decoro. De outra banda, os titulares da pessoa jurídica podem ser injuriados na sua honra, se tornando vítimas[4].

O tipo objetivo da injúria é ofender a dignidade ou decoro de alguma pessoa, tratando-se da emissão de um conceito negativo sobre a pessoa ofendida, constituindo-se na dignidade (ex. ladrão), ou no decoro (ex. atributo físico: gordo; intelectual: burro; ou social: corrupto)[5].

O tipo subjetivo deste crime é o dolo, tanto direto como eventual, de causar dano (*animus injuriandi*), afastando-se a explosão emocional[6].

A consumação ocorre quando a vítima toma conhecimento da ofensa[7], sendo desnecessário que mais alguém, além dela, tenha

conhecimento da injúria, posto que não é o aspecto externo da honra o bem jurídico protegido, mas sim a auto percepção, ou seja, o sentimento de respeito e valorização do próprio ser, sua autoestima[8].

Via de regra, a tentativa não é cabível nestes crimes, apesar de ser possível na hipótese de injúria escrita, quando não mais se tratará de crime unissubsistente, quando passará por um *iter criminis* passível de fracionamento[9].

Previsto no art. 140, § 1º, incisos I e II, do CP, o “perdão judicial” é um direito público subjetivo da liberdade do réu, desde que ele preencha os requisitos do citado dispositivo, sendo que, no crime de injúria, a legislação prevê que ocorrerá quando a vítima, de forma reprovável, provoca o agressor, no caso de retorsão imediata deste[10].

Quanto à classificação doutrinária, é crime comum, formal, instantâneo, comissivo, unissubsistente (via oral) ou plurisubsistente (por escrito)[11].

A pena culminada para o crime de injúria é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, e a ação penal é privada, consoante preceitua o art. 145, *caput*, do CP, somente se procedendo mediante queixa.

Para que se configure o delito em voga, é dispensável a presença da vítima no momento da ofensa, sendo apenas imperioso que chegue ao seu conhecimento a injúria[12].

Frisa-se, por fim, que a análise da ofensa ao bem jurídico tutelado é um exercício de introspecção do magistrado, onde ele analisará as provas coligidas nos autos, determinando idoneidade da injúria e se ela, definitivamente, maculou a autoestima da pessoa injuriada.

3. O crime de injúria simples e a Teoria da Adequação Social: “não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto”

Santiago Mir Puig bem ilustra a teoria da adequação social ao afirmar que *Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto*.

O que quer dizer ele é que certas condutas, em que pese claramente amoldar-se a tipos penais previstos em lei, são adequadas socialmente, porque a sociedade o considera correto, como, por exemplo, o tatuador; veja que ele, na sua atuação profissional, causa lesões corporais em seus clientes, pois fere a pele da pessoa e nela insere marcas, claramente incorrendo no tipo penal de lesões corporais, no entanto, por ser aceita tal prática na sociedade brasileira, este comportamento não é punido, é tido como apropriado.

Isso muda de sociedade para sociedade, de país para país, de cultura para cultura. Veja-se: no Brasil (atualmente) o adultério não é considerado crime, ele é “adequado socialmente”. Porém, na Arábia Saudita, o adultério é punido com pena de morte[13], lá ele não é concebido como atitude normal inerente à vida em sociedade, naquele país e/ou naquela cultura.

Neste ritmo, o princípio da adequação social modifica-se para chegar em um sem número de situações que nem sempre são de acordo com as regras éticas, isso quer dizer que condutas socialmente adequadas nem sempre são exemplares na visão ética, exigindo-se que elas se situem na definição de Welzel[14], quer dizer, no quadro da liberdade da ação social[15].

Nestas conjecturas, dentro do atual quadro social brasileiro, condutas que se amoldam à previsão do art. 140, *caput*, do CP, nem sempre se enquadram no tipo por serem aceitas socialmente, os dizeres de palavras de baixo calão, no trânsito, por exemplo, em que pese condenáveis, são perfeitamente consideráveis no caos urbano das cidades.

Sabe-se que certamente aquelas palavras não marcaram o sujeito no seu interior, não lhe ultrajara na sua percepção própria. São cotidianas, “normais”, aceitáveis porque qualquer um, em síntese, injúria com frequência.

Diz-se isso porque o juízo de tipicidade, visando a verdadeira significância e não alcance fatos alheios ao Direito Penal, necessita conhecer o tipo na sua compreensão material, com teor valorativo, não bastando apenas sua aparência formal, eminentemente diretivo[16].

O Direito Penal deve se amoldar na contemporaneidade, ao passo que as instituições jurídicas são oriundas da mente do homem, que mudam no tempo e no espaço. Assim, no processo de adaptação social, o Direito necessita amoldar-se de acordo com a movimentação da comunidade, ao passo que a necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, os quais o Direito dá guarida, postulam procedimentos novos e adequados, pois, envelhecendo-se o Direito, ele deixará de ser um processo de adequação, na medida em que deixa de exercer a sua função original, para qual foi concebido, não sendo suficiente apenas ser o Direito na sociedade, significando a indispensabilidade de ser atuante e atualizado. São obrigatórias as renovações dos processos de adaptação, ao passo que somente desta forma o Direito será um instrumento eficiente na garantia de equilíbrio e harmonia social^[17].

O crime de injúria simples, aparentemente, passou a ser “aceito” pela população brasileira, na medida em que a ofensa à dignidade ou o decoro de outrem se tornou corriqueira no caos cotidiano em que atualmente se encontra o país.

Caos, como frisado alhures, significa dizer os afazeres diários, a correria dentre ir ao trabalho, voltar do trabalho, ir ao local de almoço, pagar contas, cumprir metas, criar os filhos (englobando dar educação, saúde e lazer), ficar horas no trânsito, responsabilidades, dentre diversos fatores que acabam por estressar demasiadamente qualquer pessoa.

Frisa-se que esta visão está umbilicalmente ligada à ideia da injúria simples e inidônea, aquela que não atinge a pessoa em si – e não aquelas hipóteses dos parágrafos segundo e terceiro do art. 140 do CP -, que é parte da vida comum em sociedade. Não se pode negar que certas condutas injuriosas atingem o bem jurídico tutelado de forma tamanha que se mostra necessária a tutela do Direito Penal, entretanto, raros são os episódios que isto ocorre, como, por exemplo, proferir a uma pessoa com situação psicológica afetada pela sua condição física ofensas que, certamente, influenciarão na sua autopercepção.

De todo modo, não ocorrendo estas proposições, é certo que a injúria simples é aceita pela sociedade, razão pela qual é possível se entender que seja afastada a tipicidade criminal.

4. Teoria do Direito Penal Mínimo (subsidiário e fragmentário): a contenção da desenfreada criminalização

Certamente o Direito Penal Mínimo é o adequado perfil do Direito Penal num Estado Democrático de Direito, sendo ele laico, pluralista, que respeita o direito à diferença, verdadeiramente um modelo político social que põe o ser humano (e sua dignidade) como ponto central da organização estatal[18].

Tal afirmativa consiste em dizer que o alicerce constitucional do Direito Penal aparece na sua principal missão, que é proteger os bens jurídicos de maior relevo contra as mais gravosas formas de agressão. Nesse passo, assim como a Constituição Federal engloba os bens jurídicos e interesses mais significativos para sociedade, é nesta consignação constitucional que a Lei Penal visa o fundamento de sua intervenção para punir. Então, o Direito Penal adota o texto constitucional como parâmetro referencial para alcançar o seu objetivo de proteger os bens jurídicos de maior relevância e criminalizar as atitudes que os maculam[19].

Num momento histórico, onde o clamor público é pela punição desenfreada, pela penalização de tudo que não lhe parece ético/moral, onde, como dito, a vida cotidiana está se judicializando sem limites, o Direito Penal deve conter-se[20].

O Direito Penal Simbólico deve ser abolido do cenário cotidiano[21], o Poder Judiciário não serve para vingar, deve ter o caráter retributivo e reeducador (sic), pois não é ele um instrumento de motivar comportamentos conforme determina a norma penal, fazendo o agente agir positivamente no momento da formulação da vontade de cometer um delito, posto que o crime é oriundo de diversas causas, ou seja, de cunho social, psicológico, cultural, não neutralizável pelo medo que a pena imputada à espécie pode causar[22].

O agente pode cometer o delito por diversos fatores. Nesse interim, o crime de injúria simples é reflexo dessas ilimitadas ocasiões, posto que injuriar alguém vem se tornando conduta inerente à vida moderna.

Nessa missão, todos os instrumentos do ordenamento jurídico devem cooperar, sendo que o Direito Penal é a última entre todas essas medidas protetoras que precisam ser ponderadas, significando que ele somente pode intervir quando os demais aparelhos falharem na solução social do impasse, a exemplo da ação civil, os regulamentos de polícia, e as demais sanções não penais. É por esta razão que se denomina *ultima ratio* da política social, sendo sua missão a proteção subsidiária dos bens jurídicos[23], ou seja, o último remédio, legítimo somente quando os demais ramos do Direito não derem a tutela suficiente aos bens de relevância para existência do homem e da sociedade[24].

Portanto, o Direito Penal deve seguir a linha da subsidiariedade, posto que o seu estilo fragmentário estabelece que não se deve sancionar penalmente qualquer conduta lesiva a um bem jurídico, apenas aquelas mais perigosas e cometidas contra bens de maior importância. A imperiosidade da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado constitui na verdadeira mácula ou perigo concreto ou idôneo de dano ao interesse jurídico, claramente decorrente de um Direito Penal oriundo de um Estado Democrático de Direito, que busca reprimir ao máximo o poder de punir do Estado, levando ele a sua verdadeira função, que é a proteção de exclusiva dos bens jurídicos de maior importância da vida em sociedade[25].

Daí insurge a fragmentariedade da proteção penal, posto que se emprega o Direito Penal não sobre os estilhaços da realidade de que cuida, mais sim sobre preocupes jurídicos proeminentes, cujo amparo penal seja absolutamente indispensável[26].

5. O princípio constitucional da intervenção penal mínima (necessidade): o Direito Penal não deve ocupar-se com condutas pífias

O Direito Penal não deve ocupar-se com condutas pífias, que não maculam o bem jurídico tutelado a ponto de ser necessária à retribuição com

medidas que alcançam o campo dos direitos à liberdade, ou obrigações “físicas”.

Quer dizer, nem toda injúria simples deve ser avençada criminalmente. Precisa ser repreendida aquela que de fato atinge o bem jurídico tutelado, ofendendo a pessoa na sua autopercepção, não bastando apenas ser dita a ofensa, devendo macular a vítima no seu âmago.

A tarefa do Direito Penal é de eleger os bens jurídicos cuja valoração deve adotar uma concepção minimalista, dando guarida somente a aqueles de fato importantes, posto que somente estes fazem jus à proteção[27].

Diz-se isso porque o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, define que somente pode ser legítima a criminalização de um fato se ela se mostra necessária para proteger um determinado bem jurídico, ao passo que, se outras sanções são suficientes à tutela deste bem, a criminalização é indevida. Isso significa que apenas nas hipóteses em que a sanção penal for instrumento indispensável para proteger juridicamente um bem é que sua intervenção se legitima[28].

Neste vértice, é passível que tais condutas, os dizeres indecorosos em público, em que pese vexatórios, não ofendam a vítima na sua subjetividade. Tal conduta, apesar de ilícita, não merece guarida do Direito Penal, mas passível de reparação no âmbito cível, por exemplo.

É que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal consubstancia-se num ente material ou imaterial esgotado dentro da conjuntura social, de titularidade particular ou pública, considerado como elementar para a convivência e o desenvolvimento do homem, motivo pelo qual é penalmente resguardado[29].

Isso porque a declaração do brocardo da *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que motiva não ser admissível a inculpação, pela lei, sem que exista o imperativo de uma operação tão gravosa como a elevada pelo Direito Penal[30], pois num Estado Democrático de Direito, é aceitável a intervenção do Estado, pelo Direito Penal, somente contra delitos que interfiram nos objetivos constitucionais, que estimulam a injustiça social e os

cogentes à coerência da sociedade, afastando-se a criminalização de toda e qualquer conduta que possa ser resolvida de forma extrapenal[31].

O “princípio da intervenção mínima” é previsto no Constituição Federal, sendo por ela recepcionado no § 2º do art. 5º, ao prever que *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. Este princípio é oriundo do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (firmado em Paris, no ano de 1789), ao dizer que *A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada*[32].

A proteção dos bens jurídicos não fica somente a cargo do Direito Penal, mas de todos os instrumentos previstos no ordenamento jurídico, em cooperação[33], recomendando-se que o Direito Penal, pela adequação típica, apenas se manifeste em casos cuja lesão jurídica seja de certa gravidade, perfilhando a atipicidade do fato nas conjecturas em que as perturbações jurídicas sejam mais leves, de pouca relevância material[34].

6. O crime de injúria simples e a criminalização do cotidiano

Vivemos num tempo que corre em alta velocidade, que pequenos contratempos tornam-se litígios e que o judiciário se sufoca neste binômio celeridade/demanda, posto que de um lado se pleiteia a agilidade na resolução da lide, e de outro sobrecarrega a justiça com qualquer aborrecimento.

O Direito Penal não foge à regra: está assoberbado de pequenos impasses pessoais.

O crime de injúria simples, previsto no *caput* do art. 140 do Código Penal promulgado em 1940, nunca sofrendo alterações, mostra-se cristalinamente defasado, cujas condutas que incrimina já se mostram adequadas na contemporaneidade, tornando a sua manutenção como delito somente um tipo penal ensejador de sobrecarga ao Poder Judiciário.

Alexandre Morais da Rosa e Thiago Fabres de Carvalho[35] asseveram que *no atual estado da arte ocorre uma inflação abusiva e banalizadora do Direito Penal, mediante a criminalização excessiva da vida cotidiana.*

É certo que vivemos uma crise do dia-a-dia, onde não raras vezes fatos ocasionais se voltam em verdadeiras desgraças na vida do homem. A calma e o bom-senso permanecem de lado, dando vez a certos combates ao júbilo de um desejo a quem do problema em si, na exultação do egoísmo e da impaciência.

Após a Constituição Federal de 1988, que promoveu e democratizou o acesso ao Poder Judiciário, oportunizando às pessoas que lhe confiem o caso para que ele resolva de acordo com a lei, a demanda judiciária suportou drástico acréscimo de volume, e com isso, ínfimos conflitos passaram a ser judicializados.

Tem-se a visão de que a sociedade brasileira submergiu a sua aptidão autocompor em pequenos contratemplos, de se harmonizar sem a presença de algo maior e intercessor (o Estado pelo Poder Judiciário).

Dentre outros inevitáveis sintomas dessa sobrecarga judicial, temos a morosidade da justiça, a prescrição deliberada de diversas causas, dentre outros fatores que agravam a qualidade de trabalho do Poder Judiciário no âmbito criminal[36].

Ora, se o Direito Penal apenas tem o fim de proteger os cidadãos e de atenuar a violência, os excepcionais impedimentos penais justificados pela sua “absoluta necessidade” são aquelas proibições ínfimas cogentes, estabelecidas para prevenir comportamentos danosos que, juntos à reação sumária que admitem, conjeturariam uma máxima violência e uma mais grave lesão de direitos do que as provocadas institucionalmente pelo Direito Penal[37].

É forçoso, num Estado Democrático de Direito, que a intervenção estatal seja mínima no âmbito penal, objetivando conservar os valores de maior importância do indivíduo, a exemplo da intimidade e da sua vida privada. Crescendo o Direito Penal, procurando intrometer-se na vida de

todas as pessoas e inúmeros conflitos sociais, ele se tornará totalitário e conflitante com a dignidade da pessoa humana. Vivemos um estado social contrário daquela época em que foi editado do Código Penal, no ano de 1940, motivo pelo qual os contemporâneos legisladores carecem atualizar-se dos avanços sucedidos desde aquela ocasião[38].

A injúria simples, como já sustentado, é aceita socialmente, não há uma pessoa que não “ofenda” outrem no dia-a-dia de forma “inocente”, sem aquele ânimo definitivo de molestar a autoestima da pessoa ofendida, e esta, de igual forma, não se sente – verdadeiramente - maculada na sua autopercepção.

Neste passo, o Direito Penal jamais deve ser invocado, é conduta ocasional, insignificante, aceita socialmente – posto que, quem não ofende por certo não vive em sociedade.

Pode-se afirmar que a persecução penal de um delito de injúria simples sem maiores efeitos, é um claro exemplo do Direito Penal agigantado, simbólico, e totalitário, posto que criminaliza uma conduta comum e aceita no quadro social.

Frisa-se, em caráter ilustrativo, diante deste fenômeno de judicialização excessiva, o posicionamento de Lênio Streck[39], quando afirma que *Estamos criando cidadãos de segunda classe, que não mais reivindicam seus direitos no plano da cotidianidade das práticas civis, transferindo tudo para o judiciário. Cachorro latiu? Façamos um BO.*

É assim que a injúria simples criminaliza a vida cotidiana. Contratemos refletam demandas penais, que, não raras vezes, perseguem punir um fato que não atingiu o bem jurídico tutelado pelo dispositivo legal (honra subjetiva).

Injúrias decorrentes de desentendimentos entre condôminos, no trânsito, entre colegas de trabalho, etc., são passíveis de solução nas mais variadas áreas do Direito - ou até mesmo fora dele -, não sendo razoável a intervenção penal direta nestes casos.

A procura da intervenção estatal, quando não se demonstrar passível de composição entre as partes, deve ocorrer com os outros instrumentos do Direito para tutelar o bem jurídico ofendido (Direito Civil, Direito do Trabalho, etc.), sendo somente cabível o Direito Penal nos casos extremos.

Por fim, consoante anteriormente frisado, não se quer afirmar que o delito de injúria deva ser extirpado da legislação – posto que se entende, em certas hipóteses, que a repreensão penal deva intervir na sua forma preventiva (sic) e retributiva -, apenas pugna pelo processamento e aplicação daquela conduta séria, que definitivamente atinja o bem jurídico a ponto de se tornar necessária e eficaz(?) no episódio, quando a autopercepção da vítima seja realmente prejudicada pelas ofensas proferidas.

7. Considerações finais

Conforme visto, num Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser mínimo, deve criminalizar aquelas atitudes demasiadas gravosas, que atinjam bens jurídicos de maior relevância social.

Assim, a criminalização da injúria simples, decorrente de infortúnios diários inerentes à vida em sociedade, mostra-se apenas um indevido agigantamento do Direito Penal, posto que a resolução de tais impasses deve decorrer da autocomposição entre os envolvidos, e, em casos extremos, nas demais ramificações do Direito, jamais pela tutela penal em princípio, que figura como *ultima ratio*.

Referência das fontes citadas

ARAGÃO, Jarbas. Arábia Saudita aplica lei religiosa e decapita mulher. *Gospel Prime*. Brasil 21/01/2015. Disponível em <<http://noticias.gospelprime.com.br/arabia-saudita-sharia-decapita-mulher/>>. Acessado em 14maio2015.

BATISTA, Nilo *et aii*. *Direito Penal brasileiro*. 1. v. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 2. v. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Segunda Câmara Criminal. Ap. Crim. nº 2011.091053-0, Rel. Des. Ricardo Roesler, julgado em 06/12/2012.

BRASIL. *Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais*. Rec. Crim. nº 34052002 (660/2003), Rel. Sônia Diniz Viana, julgado em 03/06/2003, publicado em 26/06/2003.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 1 ed. Forense. Rio de Janeiro, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *3ª Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. São Paulo, ano VI, fasc. 2, abr.fjun, 1996.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. v. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

ISHIDA, Valter Kenji. *Curso de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 1. v. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 1. v. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Por que defendo um direito penal mínimo. *Paulo Queiroz*. Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/por-que-defendo-um-direito-penal-minimo/>>. Acessado em 18mar2015.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. *Amante virtual: (in)consequências no direito de família e penal*. Florianópolis: Habitus, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia de não violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais do direito penal*. 1. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1991.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lenio. Cada um pediu uma república só sua; e o advogado, só um cafezinho! Feliz!. *Revista Consultor Jurídico*. Brasil 07/05/2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-07/senso-incomum-cada-republica-advogado-cafe-feliz>>. Acessado em 07maio2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOTAS:

- [1] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, p. 350.
- [2] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, p. 351.
- [3] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, p. 351.
- [4] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, p. 351.
- [5] ISHIDA, Valter Kenji. *Curso de direito penal*, p. 296.
- [6] ISHIDA, Valter Kenji. *Curso de direito penal*, p. 296.
- [7] DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*, p. 512.
- [8] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, p. 354.
- [9] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, p. 354.

- [10] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, p. 356.
- [11] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, p. 355.
- [12] DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*, p. 514.
- [13] ARAGÃO, Jarbas. *Arábia Saudita aplica lei religiosa e decapita mulher*. Acessado em 14maio2015.
- [14] E sobre isso, Claus Roxin discorre: "[...] Na obra *Studien zum System des Strafrechts* ('Estudos sobre o sistema de direito penal') [WELZEL] explica: 'Não existem conceitos típicos jurídico-penais, nem sequer os conceitos descritivos como, por exemplo, 'matar', 'ferir', 'ofender', que constituam conceitos causais de lesões causais de um bem jurídico, mas sim conceitos sociais de relações e de significado, isto é, conceitos cujo conteúdo de sentido se depreende da sua função no todo social...'. Acrescenta ainda que a doutrina tradicional mantém um 'ponto de partida fundamental errado', dado que 'reduziu a acção típica aos pressupostos causais que provocam o resultado, não permitindo assim a consideração do mundo da significação jurídico-social antes de se chegar à ilicitude'. Se neste curso do pensamento teríamos de reconhecer que mesmo com a ideia de finalidade, entendida apenas como supradeterminação de factores causais, somente se poderia compreender de uma forma incompleta o conteúdo de sentido social do facto típico, já que uma acção final de matar (continuando com o mesmo exemplo) concebida dessa forma pode carecer integralmente da tônica do desvalor. E, neste sentido, afirma consequentemente WELZEL: 'a acção (mesmo enquanto acção final) continua sendo uma abstracção idêntica à 'causação' caso não seja concebida como fenómeno com sentido social, como acção no âmbito social da vida'" (in *Problemas fundamentais do direito penal*, p. 111).
- [15] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 132.
- [16] LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual*, p. 53.
- [17] NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*, p. 23.
- [18] FRANCO, Alberto Silva. *Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção*, p. 185.
- [19] SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no direito penal*, p. 62.
- [20] Importante trazer texto de Paulo Queiroz, no seu artigo intitulado *Por que defendo um Direito Penal Mínimo*, onde ele explica, com maestria inerente à sua atuação, porque toma tal posição: "[...] Porque, apesar de se ocupar de um sem número de ações e omissões, a efetiva intervenção

do sistema penal (ações penais, condenações, prisões etc.) é estatisticamente desprezível; Porque mais leis, mais policiais, mais juízes, mais prisões significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos (Jeffery); Porque multiplicar leis penais significa apenas multiplicar violações à lei; não significa evitar crimes, mas criar outros novos (Beccaria); Porque o direito penal intervém sempre tardiamente, nas conseqüências, não nas causas dos problemas; intervém sintomatologicamente, não etiologicamente; Porque problemas estruturais demandam intervenções também estruturais e não simplesmente individuais; Porque o direito penal deve ser minimamente célere, minimamente eficaz, minimamente confiável, minimamente justo; Porque, se o direito penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, segue-se que, como ultima ratio do controle social formal, somente deve intervir quando for absolutamente necessário; Porque a intervenção penal, por mais pronta, necessária e justa, é sempre tardia e incapaz de restaurar a auto-estima ou atenuar o sofrimento das vítimas; é uma intervenção traumática, cirúrgica e negativa (García-Pablos); e prevenir é sempre melhor que remediar; [...] Porque uma boa política social ainda é a melhor política criminal (Franz von Liszt)” (QUEIROZ, Paulo de Souza. Por que defendo um direito penal mínimo. Acessado em 18mar2015).

[21] "Para a lei penal não reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico, com o qual se desemboca em um Direito Penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandando-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um Direito Penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia" (BATISTA, Nilo et alii. *Direito penal brasileiro*, p. 631).

[22] QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*, p. 90.

[23] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*, p. 51.

[24] LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 40.

[25] BRASIL. *Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais*. Rec. Crim. nº 34052002 (660/2003), Rel. Sônia Diniz Viana, julgado em 03/06/2003, publicado em 26/06/2003, p. 76.

[26] QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 119.

[27] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*, p. 66.

[28] LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 39.

[29] PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 248.

[30] ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal: parte geral*, p. 90.

- [31] ROSA, Alexandre Morais da. *Amante virtual: (in)consequências no direito de família e penal*, p. 123.
- [32] DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, p. 64-65.
- [33] ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, p. 65.
- [34] JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, p. 10.
- [35] MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia de não violência*, p. 04.
- [36] Neste vértice, o Desembargador Catarinense Ricardo Roesler, com grande parcimônia, discorreu sobre o tema e o seu impacto junto ao Poder Judiciário: “Alguma reflexão, bem por isso, é necessária. [...] Com as facilidades de acesso à jurisdição e a amplitude de proteções que hoje estabelece o texto constitucional, muito se avançou no que se refere à efetivação das garantias democráticas; mas há na contramão, de certo modo, um certo desprestígio, a banalização do direito: é cada dia mais comum a necessidade (ao menos a provocação) da gerência do Judiciário para regular situações que, com paciência e bom senso, teriam solução mais práticas – e não raro menos patéticas – muito aquém do exercício da jurisdição. [...] Essa preocupação tem sido sentida por todos os que administram a justiça, o que justifica o movimento, cada vez mais encorpado, de desjudicialização dos conflitos. Não se cuida de um capricho; a manutenção da estrutura jurisdicional, além de onerosa, tem pouca efetividade em determinadas circunstâncias; em alguns casos (não serão poucos), serve apenas à satisfação pessoal dos demandantes. E definitivamente o ofício jurisdicional não se destina a esse fim. Sua vocação é muito maior. [...] Há, de todo modo, um forte influxo, animado quem sabe pela velocidade de nossos dias, e pela superficialidade cada vez maior de valores outrora tão caros. Tempos sombrios estes, de almas egoístas e pouca paciência, de pouco respeito de um para com o outro, desembocando no Judiciário a ingrata tarefa de ter de dizer até mesmo das consequências da perturbação do sossego alheio; pior que isso, de ter de medi-lo no âmbito penal. [...] Conflitos dessa natureza, que residem sobremaneira no individualismo, sempre descompromissado, dos que se pensam livres, mais alegres e sociáveis do que os que apenas querem o descanso e a tranquilidade de seu lar, são lamentáveis, senão vergonhosos. São, ademais, palcos comuns de pequenas desgraças e também de grandes tragédias. Provocado, todo sujeito, por mais dócil e manso que seja tomado poderá revelar-se agressivo e violento; como escrevera Aristóteles ao filho em *Ética a Nicômacos*, em dadas circunstâncias muito se estreita a fronteira entre a racionalidade e o instinto, ou a distinção entre o autocontrole e a fúria. Daí o necessário cultivo da serenidade e do respeito. [...] Bem a propósito, do todo já se observa os reflexos da falta de bom senso, que antecedem o caso em questão (falou-se, já fiz anotar, até mesmo no apedrejamento de um veículo por fatos da mesma natureza). Eis agora outro bom exemplo, que

começa em uma discussão à beira de bar – lugar próprio da boemia, adoravelmente poética mas também distante, inocentemente indiferente às preocupações e dores alheias – e desemboca, veja-se, numa condenação criminal (coisa que, mesmo disfarçada pela substituição de pena, não deixa esconder os seus rigores), de quem na verdade só desejava poder gozar de seu descanso, em sua casa, sem importunar seu semelhante. Triste ironia. [...] Penso ser por si digno de lamentação o só-fato de ter a polícia que se ocupar dessas misérias, quando é tão reclamada a providências mais urgentes. Chegar-se então até aqui, ao segundo grau de jurisdição, discutindo-se a incompostura de alguns menos atentos e insensíveis ao sossego alheio, num cenário distorcido em que algozes viram vítimas e o oposto se sucede, só faz demonstrar o quão protocolar e banalizado é atualmente o uso do Judiciário. [...] Lamentemos todos. A absolvição que proponho não é algo glorioso, mas apenas o reparo dos reflexos de uma dessas banalidades cotidianas [...]” (BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Segunda Câmara Criminal. Ap. Crim. nº 2011.091053-0, Rel. Des. Ricardo Roesler, julgado em 06/12/2012).

- [37] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 373.
- [38] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*, p. 1011-1012.
- [39] in Cada um pediu uma república só sua; e o advogado, só um cafezinho! Feliz. Acessado em 07maio2015.

TERCEIRO SETOR TEM OBRIGAÇÕES CONTÁBEIS E TRIBUTÁRIAS A CUMPRIR EM 2018

ROBERTO RODRIGUES DE MORAIS:
Especialista em Direito Tributário. Ex-Consultor da COAD. Autor do Livro on-line REDUZA DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS.

RESUMO: Apesar das imunidades constitucionais, o TERCEIRO SETOR tem muitas obrigações contábeis e tributárias, incluindo as acessórias, a serem cumpridas. Com a inclusão do eSOCIAL agora em 2018 como uma das obrigações do setor, reformulamos o texto anteriormente publicado, atualizando-o para o presente ano. Com foco nas informações de como obter recursos para o setor através do Imposto de Renda, através do MANUAL DE INCENTIVOS FISCAIS elaborado pelo CRC-RS e citado, com LINK, na Bibliografia, podemos asseverar que os contabilistas, especialmente os proprietários dos escritórios de contabilidade, são peças chave para as indicações de parte do IRPF e IRPJ a pagar para as entidades do Setor. Motivá-los a induzir os contribuintes a utilizar as destinações legais para as entidades do terceiro setor deve ser o foco dos dirigentes das ONG's interessadas em aumentar seus repasses financeiros via incentivos fiscais através do Imposto de Renda.

SUMÁRIO: I – INTRODUÇÃO II – AS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DO TERCEIRO SETOR III – AS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO TERCEIRO SETOR IV – AS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS V – O SPED CONTÁBIL PARA O TERCEIRO SETOR VI – O eSOCIAL VII – OUTRAS OBRIGAÇÕES VIII – NECESSIDADE DE CALENDÁRIO ESPECÍFICO PARA O TERCEIRO SETOR XI – CONCLUSÃO. NOTAS E REFERÊNCIAS. BIBLIOGRAFIA.

I – INTRODUÇÃO

1.1 – Com a implantação do eSOCIAL previsto para 2017 retornamos ao tema das OBRIGAÇÕES CONTÁBEIS E TRIBUTÁRIAS DO TERCEIRO SETOR, uma vez que existe ampla literatura disponível sobre o assunto *in comento* sem, entretanto, abordar especificamente o aspecto tributário das entidades vinculadas ao setor, principalmente as obrigações tributárias a que estão obrigadas.

1.2 - Diante do grande número de acessos virtuais ao nosso artigo publicado anteriormente, nos sentimos na obrigação de revisá-lo, no sentido de promover sua atualização e adequá-lo ao calendário de 2018. Na bibliografia citada no final deste artigo, com acesso grátis através dos LINK's citados (material em PDF) inserimos farto material abordando o Setor sobre a ótica jurídica (OAB-SP), Contábil (Fundação Brasileira de Contabilidade) disponibilizado pelo CRC-GO e Incentivos Fiscais (fontes de receitas do setor), material farto e fruto de grande trabalho elaborado pelo CRC-RS.

1.3 – Por as razões acima vamos abordar o viés tributário do SETOR. É por todos operadores do direito e gestores contábeis que a tributação no BRASIL, além de alta carga tributária, em termos percentuais, a gestão dos tributos no Brasil é bem complexa em seu "*modus operandi*", contendo vastas obrigações contábeis e tributárias inerentes às atividades exercitadas por cada setor da sociedade e com suas pertinentes peculiaridades.

1.4 – Primeiramente vale lembrar que as entidades Governamentais estão inseridas no primeiro setor. Os entes empresariais, cujo objetivo primordial é o lucro, compõem o segundo setor e se sujeitam à elevada tributação, além de inúmeras obrigações acessórias decorrentes do cipoal que é a complexa legislação tributária brasileira.

1.5 – Fora dos dois tipos de entidades (governamentais e privadas) e fora dos dois parâmetros acima citados encontramos as ORGANIZAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS E NÃO GOVERNAMENTAIS popularmente conhecidas como ONG's, cujos objetivos primordiais são a geração de serviços de caráter público, tais como os sociais, filantrópicos, culturais, recreativos, religiosos, artísticos, etc., que vêm ganhando importância nos últimos anos.

1.6 - Exatamente sobre o TERCEIRO SETOR que vamos discorrer, uma vez que ele - apesar das imunidades - também tem suas obrigações legais a cumprir, incluindo as tributárias que, em caso de não cumprimento pelos responsáveis diretos das entidades que representam, podem incorrer em CRIME TRIBUTÁRIO, com abertura de processo penal contra seus dirigentes.

1.7 – Em função da inclusão do setor em todo um complexo de emaranhadas obrigações, ganhou importância a contabilidade do terceiro setor, cujo papel social é planejar, executar e colocar um sistema de informação para as ONGs, provendo-as de informações econômico-financeiras sobre seu patrimônio e suas mutações, utilizando-se de registros, demonstrações, análises, diagnósticos e prognósticos expressos sob a forma de relatórios e pareceres.

1.9 – Em decorrência do fato material legislativo aplicável às entidades que, embora obtenham algumas isenções tributárias e a forma pública de seu financiamento, além de se beneficiarem de aporte financeiros via doações do setor privado, com incentivos fiscais para o doador, faz-se necessário a prestação de contas de suas atividades aos seus financiadores. Qualquer deslize pode ser fatal.

1.10 – É por esses motivos que a contabilidade precisa gerar dados realistas, atualizados e regulares, com a clareza e exatidão exigida, tendo sempre a transparência ao relatar de que forma foram aplicados os recursos obtidos, para não quebrar a sustentabilidade do setor.

1.11 – Foram providenciais e oportunos os esclarecimentos do Conselho Federal de Contabilidade sobre Balanço Social. Assim, examinar as Normas Brasileiras de Contabilidade, **em especial a T - 10.19 - Entidades Sem Finalidade de Lucros (RESOLUÇÃO CFC N.º 1.409/12) e a T 15 - Informações de Natureza Social e Ambiental (RESOLUÇÃO CFC N.º 1.003/04). Para obtenção das Normas citadas veja Links**

http://www.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2012/001409 e

http://www.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2004/001003

1.12 – Como resultado do preparo profissional e com os cuidados que cada caso requer, é necessário apurar e publicar dados precisos e confiáveis através das demonstrações da origem e destinação dos recursos recebidos, uma vez que o setor tem singular importância, não só pelo atendimento dos milhões de pessoas que dele dependem como também para se firmar como preservador da ética e de valores morais que tanto a sociedade necessita. A primeira tarefa do contabilista para uma adequada formação de dados para o balanço social é ajustar o plano de contas da entidade.

1.13 – Com as precauções inerentes às atividades dos profissionais de contabilidade e dos gestores tributários poder-se-á evitar dissabores futuros, aparelhando melhor a contabilidade e criando um setor fiscal para planejar, orientar e executar tarefas visando cumprir todas as obrigações inerentes ao terceiro setor.

1.14 – Como muito bem asseverou LÚCIA HELENA BRISKI YOUNG (A) *“A Constituição Federal vigente tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, cabendo à República Federativa do Brasil, entre outros objetivos, a promoção do bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”* (20)

1.15 – Entretanto, há de se ter bom senso e cuidado para separar o “joio do trigo” em relação a algumas ONG’s e OCIPS’s, como foi noticiado em rede nacional em horário nobre sobre algumas falcatruas praticadas por pessoas inescrupulosas que as utilizam para “tirar proveito próprio”. Isto não muda nossa posição de que o TERCEIRO SETOR presta grandes serviços aos menos favorecidos deste País, resultado dos trabalhos dos abnegados e voluntários que doam parte de suas vidas em favor do próximo, cumprindo ensinamentos de JESUS (com todo respeito aos adeptos das religiões não cristãs, que têm liberdade de existir em nosso País, e aos ateus, estes muitas vezes utilizados por DEUS em benefício da humanidade, como grandes cientistas.): “AMAR AO PRÓXIMO COMO A TI MESMO”, frase contida nos Evangelhos e dita há quase 2.000 anos.

A seguir passamos a discorrer sobre o tema em si.

II – AS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DO TERCEIRO SETOR

2.1 - Apesar das OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS serem menores para este setor, se comparadas com as do segundo setor, elas devem ser cumpridas rigorosamente. Por se tratar de entidades SEM FINS LUCRATIVOS gozam de alguns benefícios no campo tributário. De forma resumida - e sem pretender esgotar o assunto - abordaremos os principais tributos e contribuições e as respectivas obrigações acessórias das ONG's e as entidades similares.

2.2 - **IRPJ** - Gozam de isenção do IRPJ (1), quando se enquadrarem em entidades sem fins lucrativos.

2.3 - **CSSL** - Não são devidas pelas pessoas que desenvolve atividades sem fins lucrativos (2), por terem caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico assim como as associações civis sem fins lucrativos, beneficiada com isenção da contribuição *in comento* (3).

2.4 – **COFINS** - Não haverá incidência da COFINS. Para esse efeito, consideram-se receitas derivadas das atividades próprias somente àquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembleia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais (4). No entanto, a COFINS incidirá sobre as receitas provenientes de atividades que não sejam consideradas como próprias da entidade. Tais receitas sujeitam-se ao regime de incidência não cumulativa, pois as exceções são as explicitadas na LEI (4,a), que não mencionam essas entidades.

2.5 - **PIS Folha de Pagamento** - As instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações (5), estão dispensadas do recolhimento da Contribuição ao PIS com base no faturamento. Entretanto, deverão recolher o PIS/ PASEP baseados na folha de salários, com alíquota de 1% sobre a folha de salários (6).

2.6 - **Imposto de Renda Retido na Fonte** - Os pagamentos efetuados pelas entidades do terceiro setor a Pessoas Físicas, tanto por trabalho assalariado como aos não assalariados têm a mesma incidência de IRRF

que é aplicável aos outros setores, tão conhecidos que não necessita uma abordagem completa.

A tabela para 2018 foi fixada em 2016 e continua valendo para o presente ano, conforme valores abaixo:

Tabela Progressiva para o cálculo mensal do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física para o exercício de 2018:

O cálculo do imposto de renda a ser retido na fonte a partir de **01.01.2018**, é calculado mediante a utilização da seguinte tabela progressiva mensal:

Base de Cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parcela a Deduzir do IR (R\$)
Até 1.903,98		
De 1.903,99 até 2.826,65	7,5	142,80
De 2.826,66 até 3.751,05	15	354,80
De 3.751,06 até 4.664,68	22,5	636,13
Acima de 4.664,68	27,5	869,36

([Lei nº 13.149/2015](#), art. 1º; [Lei nº 11.482/2007](#), art. 1º, IX; Instrução Normativa RFB nº 1.500/2014, Anexo II): <https://www.legisweb.com.br/noticia/?id=15483>

Nos casos de pagamentos aos trabalhadores autônomos terão que exigir comprovação de recolhimento do INSS e do ISS – na condição de

autônomo – para que não fiquem obrigadas aos respectivos descontos na fonte.

Já com relação ao relacionamento das **ONG's com as Pessoas Jurídicas** em geral é preciso examinar duas situações:

2.6.1 - Serviços prestados por pessoas jurídicas isentam ou imunes - não incidirá imposto de renda na fonte quando o serviço for prestado por pessoas jurídicas isentas ou imunes (7).

2.6.2 - Serviços prestados às ONG's - Todos os rendimentos auferidos por pessoas físicas de pessoas jurídicas estão sujeitos ao imposto de renda retido na fonte, tais como IRRF sobre trabalho assalariado, não assalariado, etc. salvo algumas exceções previstas em lei.

2.6.3 - Também estão sujeitos à RETENÇÃO NA FONTE os serviços prestados por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas:

2.6.3.1 - As importâncias pagas ou creditadas por pessoa jurídica a outras pessoas jurídicas, civis ou mercantis, pela prestação de serviços de limpeza e conservação de bens imóveis, exceto reformas e obras assemelhadas; segurança e vigilância; e por locação de mão-de-obra de empregados da locadora colocados a serviço da locatária, em local por esta determinada, sofrem retenção na fonte com alíquota é de 1% (um por cento) sobre as importâncias pagas ou creditadas (8).

2.6.3.2 - Serviços Profissionais (9) ver lista - Sobre as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas civis ou mercantis pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional. Incide o IRF pela alíquota de 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) sobre as importâncias pagas ou creditadas como remuneração independentemente da qualificação profissional dos sócios da beneficiária e do fato desta auferir receitas de quaisquer outras atividades, seja qual for o valor dos serviços em relação à receita bruta. Comissões, Corretagens e "Factoring" (10) - Estão sujeitas à incidência do IRRF à alíquota de 1,5%, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, a título de comissões.

2.6.3.3 - Retenção na fonte de CSLL, PIS e COFINS - A retenção na fonte (11) de CSLL, das contribuições ao PIS e da COFINS, sobre os pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas de direito privado a outras pessoas jurídicas de direito privado, pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviço de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais.

2.6.4 - O disposto acima se aplica inclusive aos pagamentos efetuados, dentre outros, por associações, entidades sindicais, federações, confederações, centrais sindicais e serviços sociais autônomos.

2.6.5 - O valor da retenção das três contribuições será determinado pela aplicação, sobre o montante a ser pago do percentual de 4,65%, que corresponde à soma das alíquotas de 1% de CSLL, 3% de COFINS e 0,65% de PIS. Quando a pessoa jurídica beneficiária do pagamento gozar de isenção de uma ou mais contribuições, a retenção será feita mediante aplicação das alíquotas específicas correspondentes às contribuições não alcançadas pela isenção.

2.7 - As pessoas jurídicas beneficiárias de isenção ou de alíquota zero devem informar esta condição na nota ou documento fiscal, inclusive o enquadramento legal, (12) sob pena de, se não o fizerem, sujeitarem-se à retenção das contribuições sobre o valor total da nota ou documento fiscal, no percentual total de 4,65%, (quatro inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento).

2.8 – SALÁRIO EDUCAÇÃO

2.8.1 – “Não reinventando a roda”, vamos incluir aqui um gráfico obtido via internet, no seu formato original, *verbis*:

Tabela de Incidência do IR Fonte, INSS E FGTS

RENDIMENTOS	INSS	FGTS	IRRF
Abono pecuniário de férias - CLT - Arts. 143 e 144	não	não	sim
Adicionais (insalubridade, periculosidade, noturno, transferência e de função)	sim	sim	sim
Ajuda de custo	não	não	não
Auxílio-doença			
- 15 primeiros dias	(1)	sim	sim
- Complementação salarial (desde que o direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa)	não	não	sim
- Benefício pago pela previdência oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios	não	não	não
- Benefício pago por entidade de previdência privada	não	não	não
Aviso prévio trabalhado	sim	sim	sim
Aviso prévio indenizado	(1)	sim	não
13º Salário			
a) 1ª parcela até 30 de novembro	não	sim	não
b) 2ª parcela até 20 de dezembro	sim	sim	sim
Comissões	sim	sim	sim
Diárias para viagem			
a) até 50% do salário	não	não	não
b) superiores a 50% do salário (sobre o total)	sim	sim	sim

Estagiários (admitidos na forma das Leis nºs 6.494/77 e 8.859/94)	não	não	sim
Férias normais gozadas na vigência contrato de trabalho	sim	sim	sim
Férias em dobro na vigência do contrato de trabalho (CLT, art.137)	sim	sim	sim
Férias indenizadas pagas na rescisão contratual (simples, em dobro e proporcionais)	não	não	sim
Fretes, carretos ou transporte de passageiros pagos a pessoa jurídica	não	não	não
Fretes, carretos ou transporte de passageiros pagos a pessoa física autônoma	sim	não	sim
Gorjeta			
a) espontânea (estimativa)	sim	sim	sim
b) compulsória	sim	sim	sim
Gratificações ajustadas ou contratuais	sim	sim	sim
Horas extras	sim	sim	sim
Indenização adicional (empregado dispensado sem justa causa no período de 30 dias que antecede a data de sua correção salarial - Lei nº 7.238/84, art. 9º)	não	não	não
Indenização por tempo de serviço	não	não	não
Indenização do art. 479 da CLT (metade da remuneração devida até o término do contrato a prazo determinado, rescindido antecipadamente)	não	não	não
Licença-maternidade (CF/88, art. 7º, XIX)	sim	sim	sim
Participação nos lucros	não	não	sim

Prêmios	sim	sim	sim
Quebra de caixa	sim	não	sim
Retiradas (<i>pro labore</i>) de diretores-empregados	sim	sim	sim
Retiradas (<i>pro labore</i>) de diretores-proprietários (empresários)	sim	não	sim
Retiradas (<i>pro labore</i>) de titulares de firma individual	(2)	não	sim
Salário-família sem exceder o valor legal	não	não	não
Salário <i>in natura</i> (utilidades) - CLT - art. 458	sim	sim	sim
Salário-maternidade	sim	sim	sim
Saldo de salário	sim	sim	sim
Salários atrasados, pagos acumuladamente:			
- correspondentes ao ano-base	sim	sim	sim
- relativos a exercícios anteriores	sim	sim	sim
Serviços autônomos de prestador inscrito na Previdência Social	sim	não	sim
Serviços eventuais sem relação de emprego	sim	não	sim
Vale-transporte (Lei nº 7.418/85 e Decreto nº 95.247/87)	não	não	não
Remuneração indireta (<i>fringe benefits</i>) concedida a diretores, administradores, sócios e gerentes e aos assessores dessas pessoas	(3)	(3)	sim
Salário-educação (pagamento de indenização de despesas com ensino de 1º grau) - convênio - FNDE	não	não	sim
Importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, como	não	não	sim

remuneração pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional

Pagamentos ou créditos feitos por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, a título de comissões, corretagens ou qualquer outra remuneração por representação comercial ou mediação na realização de negócios civis ou comerciais

não não sim

Serviços de propaganda e publicidade, pagos ou creditados por pessoas jurídicas a agências de propaganda

não não sim

Importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, pela prestação de serviços de limpeza e conservação de bens imóveis, segurança, vigilância e por locação de mão-de-obra

não não sim

Importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a cooperativas de trabalho, associações e assemelhadas, relativas a serviços pessoais que lhes forem prestados ou colocados à disposição por associados destas

não não sim

Importâncias pagas a pessoas jurídicas a título de juros e de indenizações por lucros cessantes decorrentes de sentença judicial

não não sim

Nota nº 1

No que se refere à parcela de aviso prévio indenizado para fins de incidência ou não do encargo previdenciário constata-se, atualmente, sua inexistência no atual texto do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, com suas modificações introduzidas pela Lei nº 9.528/97 e Medida Provisória (MP) nº 1.663-10/98 e reedições.

Nota nº 2

Não há específico na área previdenciária. Consultar o INSS local

Nota nº 3

INSS - Na área previdenciária, o subitem 6.1 da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 151/96 prevê constituírem remuneração do segurado empresário, dentre outros para fins de incidência, os ganhos habituais, sob a forma de utilidades.

FGTS - Quanto ao FGTS, às empresas sujeitas ao regime da CLT que equipararem seus diretores (administradores) não empregados aos demais trabalhadores, para fins do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, sujeitam-se ao depósito de 8% da remuneração devida, incluindo as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT (remuneração indireta). Lei nº 8.036/90, arts. 15 e 16.

Fonte: http://www.contadores.cnt.br/portal/tabela_incidencias.php

2.8.2 – A fonte pesquisada foi o Portal REP Educação do Terceiro Setor, citada na Bibliografia, letra (N). Embora não cite explicitamente nada sobre o SALÁRIO EDUCAÇÃO, a tabela será útil para os Contabilistas responsáveis pela Contabilidade de Entidades do Terceiro Setor e, se for o caso, para o pessoal do RH das referidas entidades.

2.8.3 – Ainda sobre pesquisa de qualificação do Terceiro Setor, além de outras informações úteis que os profissionais de Contabilidade podem encontrar, inclusive com gráficos, no mesmo portal REP Educação do Terceiro Setor, encontramos um RESUMÃO interessante no site de empresa especializada na prestação de serviços para o Terceiro Setor, localizada no bairro de Tatuapé, em São Paulo, cuja fonte pode ser vista na BIBLIOGRAFIA, letra (O). Interessante clicar no LINK e ver um verdadeiro resumo de TODAS DAS OBRIGAÇÕES DO TERCEIRO SETOR, em PDF. Aos Profissionais que lerem este artigo uma consulta no LINK e salvar em PDF o excelente trabalho e sua forma bem simples de explicar quase tudo sobre o Terceiro Setor, por se tratar de um verdadeiro “resumo” de tudo o que escrevemos aqui, mas em espaço um pouco menor. Coisas de quem sabem lidar bem com informações *online* e distribui o seu saber ao público.

2.8 – Concluindo este tópico, por não encontramos pesquisa específica sobre o salário educação, podemos asseverar que, nas Entidades do Terceiro Setor cujo objetivo é o ensino, NÃO INCIDE logicamente o salário educação!

III – AS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO TERCEIRO SETOR

3.1 - **Obrigações Trabalhistas** - No que tange a posição de EMPREGADOR o terceiro setor não difere dos demais, tendo que cumprir todas as obrigações trabalhistas já conhecidas de todos os profissionais que atuam no mercado, tanto Contabilistas, Recursos Humanos e Advogados, não necessitando discorrer sobre o tema.

3.2 - **Contribuições dos Empregadores para o INSS e outras Entidades** - As entidades que conseguiram se enquadrar no sistema de filantrópicas tem regime especial. **Para as que não conseguiram a benesse**, as contribuições sociais previdenciárias a cargo da ONG's, são de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços;

II - Para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços, correspondente à aplicação dos seguintes percentuais:

a) um por cento, para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) dois por cento, para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado médio;

c) três por cento, para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado grave.

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestam serviços, para fatos geradores ocorridos a partir de 1º de março de 2000;

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, para fatos geradores ocorridos a partir de 1º de março de 2000.

3.2.1 – Para as entidades que conseguiram se enquadrar no sistema de filantrópicas terem regime especial SEM obrigação da contribuição patronal (ISENÇÃO) tem que atender a todos as exigências constantes da Lei de nº. 12.101/2009, citados nos itens I a IIIV, cumulativamente, do artigo 29 daquele dispositivo legal (22).

3.3 - As entidades e fundos para os quais o sujeito passivo deverá contribuir são definidos em função de sua atividade econômica e as respectivas alíquotas são identificadas mediante o enquadramento desta na Tabela de Alíquotas por Códigos FPAS.

3.4 - **Retenção na Fonte de Contribuição Previdenciária sobre valores pagos pelas ONG's no caso de contratação de mão de obra de autônomos ou empreiteiros.** Neste tópico não vamos nos ater aos detalhes, por tratar de assuntos comuns às empresas em geral cujas informações podem ser obtidas diretamente no site www.previdencia.gov.br e www.receita.fazenda.gov.br.

3.4.1 - **Obrigação da retenção do INSS do contribuinte individual pela tomadora dos serviços** - A responsabilidade do recolhimento das contribuições do contribuinte individual, que era do próprio contribuinte passa a ser da pessoa jurídica que pagar pelos serviços tomados junto a esses profissionais, inclusive das ONG's.

3.4.2 - **Obrigação da retenção do INSS de prestação de serviço através de cessão de mão de obra e empreitada** - As empresas e entidades que contratarem serviços relacionados com cessão de mão de obra está obrigada a reterem e recolherem, os valores referentes às

antecipações compensáveis relativos à parcela de 11% (onze por cento) descontada pelo ente contratante, do valor bruto dos serviços realizados e constantes da Nota Fiscal, fatura ou recibo.

IV – AS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

4.1 – Nosso País prima-se pelo excesso de burocracia e declarações fiscais, muitas vezes com informações repetitivas, inclusive para o TERCEIRO SETOR. E já tivemos, na década de 80, um Ministro da Desburocratização!

4.2 – Portanto, é de suma importância é o cumprimento de todas as obrigações tributárias acessórias relativas aos tributos dos quais seja contribuinte, já velhas conhecidas. Lembramos algumas mais usuais, DIPJ, DIRF, DCTF, RAIS, etc., todas sujeitas às pesadas multas pela omissão ou atraso na entrega.

4.3 - DIPJ – Vejam em 5.1 – Escriturações Contábeis Fiscais ECF e sua Obrigatoriedade Geral em 2018. A EFC substituiu a DIPJ.

4.4 - DCTF – A IN RFB de nº. 1.110/2010 dispõe sobre a entrega da DCTF - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais, para todas as entidades sociais, esportivas, etc., inclusive associações religiosas, mesmo que não tenham qualquer valor a declarar. Tal obrigatoriedade vigora a partir de 2007, com o advento da IN SRF de nº, 695/2006, ambas disponíveis no site da RFB.

4.5 - DACON - Para fatos geradores a partir de 01/01/2014 a RFB dispensou o envio da DACON, ou seja, obrigação extinta para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2014, pela IN 1.441/2014.

4.6 - RAIS – Obrigatória para todas as entidades (empresas comerciais ou do terceiro setor) que mantenham empregados formais e, logicamente, legalizados e se sujeitando às várias obrigações trabalhistas, inclusive a RAIS (de suma importância para fins usufruírem dos direitos ao PIS/PASEP). Outra obrigação que deverá ser extinta em 2019, sendo

substituída pelo eSOCIAL. Maiores informações sobre a RAIS podem ser obtidas diretamente no site <http://www.rais.gov.br/download.asp#Manual>

IMPORTANTE: A RAIS deve ser enviada MESMO QUE NEGATIVA. A omissão poderá ser objeto de MULTA ISOLADA e possibilidade de denúncia criminal por omissão de informações. Veja no final, sobre CRIME TRIBUTÁRIO.

4.7 – **DIRF** - Ocorrendo desconto na FONTE a DIRF é obrigatória, ainda em 2018, uma vez que a implantação do eSOCIAL no corrente ano promete substituir, dentre 8 obrigações, a própria ainda não foi implantado. A prevalecer as previsões podemos asseverar que será a última DIRF. Mais sobre a DIRF poderá ser visto nas perguntas e respostas da RFB, disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dirf2014/Dirf2014PerguntaseRespostas.pdf>

4.8 – Em caso de constatação pelas respectivas fiscalizações de omissões das citadas declarações, uma das conseqüências é a possibilidade de levar os agentes responsáveis pela entidade a incorrerem em crime tributário previsto na Lei. (18), além de suspensão da imunidade (19).

V – O SPED CONTÁBIL PARA O TERCEIRO SETOR

5.1 – Escriturações Contábeis Fiscais ECF e sua Obrigatoriedade Geral em 2018

Receita Federal altera a obrigatoriedade das entidades imunes de apresentarem a Escrituração Contábil Digital Sped Contábil

A Receita Federal publicou no Diário Oficial de 06/11/2014 a Instrução Normativa – IN nº 1.510. Esta IN altera a IN 1.420/2013 que tratou, dentre outros assuntos, da obrigatoriedade das entidades imunes e isentas de apresentarem a Escrituração Contábil Digital – ECD, a partir de 1º de janeiro de 2014. A Escrituração Contábil Digital, também denominada Sped Contábil, é parte integrante do projeto SPED – Sistema Público de Escrituração Digital e tem por objetivo a substituição da escrituração em papel pela escrituração

transmitida via arquivo, ou seja, corresponde à obrigação de transmitir o livro Diário, o livro Razão e seus auxiliares à Receita Federal. Com a publicação da nova IN (1.510/2014) somente ficam obrigadas a enviar a Escrituração Contábil Digital as entidades que durante o ano calendário tenham sido obrigadas a apresentar a EFD Contribuições, ou seja, na prática ficam obrigadas somente as entidades que recolhem a partir de R\$ 10 mil mensais a título de PIS sobre a folha de pagamento. Isto indica que a grande maioria das entidades do Terceiro Setor, que recolherem menos de R\$ 10 mensais a título de PIS sobre a folha de pagamento, continuam desobrigadas a aderir ao Sped Contábil. Provavelmente houve apenas um adiamento do ingresso de todas as entidades do Terceiro Setor no SPED Contábil e num futuro bastante próximo todas as entidades passarão a adotar esta rotina como obrigação. Mas mesmo sabendo que o Sped Contábil ainda não é obrigatório para todos, é preciso que as entidades já se estruturarem e se preparem para atender às demandas da escrituração digital.

Paulo Cleomar Araújo

Bacharel em Ciências Contábeis (UFMG), especialista em finanças (UFMG), especialista em Administração de Organizações do 3º Setor (FGV) e em Desenvolvimento de Dirigentes (FDC). Proprietário da PCA Contabilidade do 3º Setor, especializada em Fundações e Associações. Contador da FUNDAMIG. www.pcabh.com.br

Fonte: [Fundamig](http://www.fundamig.com.br)

<http://www.apf.org.br/fundacoes/index.php/noticias/1540-receita-federal-altera-a-obrigatoriedade-das-entidades-imunes-de-apresentarem-a-escrituracao-contabil-digital-sped-contabil.html>

VI – O eSOCIAL

6.1 – Previsto para ser implantado em 2018 o eSOCIAL é na verdade o SPED Folha, pois disponibilizará *online* todas as informações sociais. Inicialmente foi recebido com resistência pelos operadores de RH e Contabilista, mas, a partir da disponibilização do Manual do eSOCIAL, agora na versão 2.1, pode-se constatar que o sistema, embora trabalhoso, será mais simples do que se previa.

6.2 – Foi informado o seguinte cronograma para o eSocial:

Quanto a obrigatoriedade, ficou definida da seguinte forma:

Etapa 1 Empresas com faturamento anual superior a R\$ 78 milhões

Fase 1 - Janeiro/18: Apenas informações relativas às empresas, ou seja, cadastros do empregador e tabelas.

Fase 2 - Março/18: Nesta fase, empresas passam a ser obrigadas a enviar informações relativas aos trabalhadores e seus vínculos com as empresas (eventos não periódicos), como admissões, afastamentos e desligamentos.

Fase 3 - Maio/18: Torna-se obrigatório o envio das folhas de pagamento.

Fase 4 - Julho/18: Substituição da Gfip (Guia de Informações à Previdência Social) e compensação cruzada.

Fase 5 - Janeiro/19: Na última fase, deverão ser enviados os dados de segurança e saúde do trabalhador.

Etapa 2 Demais empresas privadas, incluindo Simples, MEIs e pessoas físicas (que possuam empregados)

Fase 1 - Julho/18: Apenas informações relativas às empresas, ou seja, cadastros do empregador e tabelas.

Fase 2 - Setembro/18: Nesta fase, empresas passam a ser obrigadas a enviar informações relativas aos trabalhadores e seus vínculos com as empresas (eventos não periódicos), como admissões, afastamentos e desligamentos.

Fase 3 - Novembro/18: Torna-se obrigatório o envio das folhas de pagamento.

Fase 4 - Janeiro/19: Substituição da Gfip (Guia de informações à Previdência Social) e compensação cruzada.

Fase 5 - Janeiro/19: Na última fase, deverão ser enviados os dados de segurança e saúde do trabalhador.

Etapa 3 Entes Públicos

Fase 1 - Janeiro/19: Apenas informações relativas aos órgãos, ou seja, cadastros dos empregadores e tabelas.

Fase 2 - Março/19: Nesta fase, entes passam a ser obrigadas a enviar informações relativas aos servidores e seus vínculos com os órgãos (eventos não periódicos) Ex: admissões, afastamentos e desligamentos.

Fase 3 - Maio/19: Torna-se obrigatório o envio das folhas de pagamento.

Fase 4 - Julho/19: Substituição da Gfip (guia de informações à Previdência) e compensação cruzada.

Fase 5 - Julho/19: Na última fase, deverão ser enviados os dados de segurança e saúde do trabalhador. –

Jornal do Comércio
(http://jcrs.uol.com.br/conteudo/2018/03/economia/615672-obrigacoes-tributarias-demandam-planejamento.html?utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=Press+Clipping+Fenacon+-+12+de+mar%E7o+de+2018+%26%239749%3B%26%239728%3B)

*Fonte: Portal eSocial = <http://www.esocial.gov.br>

6.3 - Quando mais informações sobre o tema disponíveis mais nos convencemos que o grande problema do eSOCIAL não será os profissionais que o acessarão e trabalharão no sistema, mas a conscientização dos pequenos empresários sobre a necessidade de um mínimo de conhecimento sobre o que acontecerá em 2018, evitando assim muitas futuras e com valores acima da capacidade contributiva de suas empresas.

6.4 - É necessário, portanto, a participação em Palestras promovidas por seus órgãos de classe, além de conhecer as informações *online* já disponível no País.

6.4 – O Terceiro Setor também estará sujeito à implantação do eSOCIAL e, naturalmente, seus gestores deverão se inteirar sobre o novo sistema. O MANUAL DO eSOCIAL pode ser visto, em PDF,

6.5 – Também disponibilizado o LINK em PDF para as perguntas e respostas do eSOCIAL, pelo governo:

<http://www.esocial.gov.br/>

6.6 - Portanto, o eSOCIAL será realidade apenas em 2018 para as entidades do TERCEIRO SETOR, mas o treinamento dos gestores envolvidos deverá ocorrer em 2018.

VII – OUTRAS OBRIGAÇÕES

7.1 - **ICMS** – Não se verificam nenhum benefício específico para as entidades sem fins lucrativos. Desta forma, atuando a ONG dentro do campo de incidência do ICMS deverá providenciar o recolhimento deste imposto.

7.2 - **ISSQN** – Igualmente não há dispensa legal em caráter geral para o recolhimento pelo terceiro setor neste item. Entretanto, as legislações municipais que regem o ISSQN, no âmbito de sua competência e circunscrição, podem estabelecer benefícios tributários aos serviços prestados pelos sindicatos e outras entidades do terceiro setor localizadas em seu território. **É preciso consultar a legislação de cada município.**

7.3 - **IPTU, Taxas e demais tributos.** Embora isento de IPTU, o terceiro setor também está obrigado ao recolhimento das taxas cobradas pelo setor público, desde que se enquadrem no campo de incidência das mesmas, sejam elas municipais, estaduais ou federais, além de outros impostos como o caso do Imposto sobre propriedade territorial urbana. **Aqui também se faz necessário consultar a legislação de cada município.** Lembrando que há imunidades constitucionais, que abrange o IPTU de imóveis de propriedade das entidades do terceiros setor e utilizados em suas atividades essenciais.

7.4 - Finalmente, têm-se as obrigações específicas e fundamentais das ONG's que são as Prestações de Contas ao MPAS, Prestação de Contas ao Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS e Prestação de Contas pelas OSCIP.

7.5 – Como nosso texto tem como alvo o viés TRIBUTÁRIO do SETOR, não vamos considerar as OBRIGAÇÕES e informações que devem ser prestadas aos vários órgãos (federais, estaduais e municipais) inclusive vários Ministérios, uma vez que na Bibliografia citada no final (acesso “free” via LINK's disponibilizados), os interessados encontrarão farto material a respeito. Tentar inclui-las neste texto além de mudar o foco do tema, seria não somente repetir o já pesquisado e escrito (disponível abaixo), mas alongá-lo para o nível de monografia, que não foi nossa intenção produzir.

7.6 – Fala-se muito em IMUNIDADES (21), mas de uma forma resumida, podemos apontar as mais comuns que se estendem aos organismos do terceiro setor, a saber: Imunidades sobre o patrimônio (IPTU, ITR, ITCMD, ITBI, IPVA), a renda (IRPJ) e os serviços (ICMS, ISS) relacionados às suas finalidades, além de isenções previdenciárias da contribuição patronal.

VIII – NECESSIDADE DE CALENDÁRIO ESPECÍFICO PARA O TERCEIRO SETOR

8.1 - Para as empresas do segundo setor vários órgãos e empresas especializadas em publicações fiscais dirigidas aos contabilistas empresários e operadores do direito tributário existem farto material, em forma de CALENDÁRIO FISCAL ou **Agenda de Obrigações Tributárias** que fornecem datas precisas para prestar as informações fiscais exigidas por todos os entes tributantes e como também os prazos para envio das várias espécies de DECLARAÇÕES (atualmente eletrônicas) que devem ser transmitidas em datas previamente divulgadas, tanto pelos órgãos tributantes como pelas editoras citadas.

8.2 - Não se vê, entretanto, UM CALENDÁRIO específico previamente divulgado com as OBRIGAÇÕES DO TERCEIRO SETOR, que seria de

grande utilidade para os operadores do sistema, seja contabilista, dirigentes ou gestores.

8.3 - Daí a necessidade de se consultar as agendas ou calendários a que estão submetidas todos os contribuintes deste país e selecionar as DATAS aplicáveis, de igual modo, às entidades do TERCEIRO SETOR, visando evitar perda de prazos ou omissões, cujas conseqüências, além de danosas às entidades, podem inclusive ser objeto de denúncia por omissão de cumprimento de obrigações acessórias, pelos órgãos governamentais tributantes e fiscalizadores, aos respectivos Ministérios Públicos, para fins de abertura de inquéritos e seus conseqüentes processos criminais, aos quais atingirão os dirigentes responsáveis pelas gestões das respectivas entidades que representam e que não tenham cumprido todas as exigências legais e fiscais.

8.4 - A RFB disponibiliza em seu site AGENDA de obrigações e calendário para seu cumprimento. O Fiscosoft (com sinceros respeitos às empresas concorrentes para citá-los de forma explícita) envia e-mail diário com a AGENDA tributária a ser observada pelos contribuintes.

8.5 - Na BIBIOGRARIA citamos vários manuais para o terceiro setor, como o da OAB-SP, CRC-GO, e o do CFC – nota (A).

8.6 - Finalizamos citanda a obra (G) MANUAL DE INCENTIVOS FISCAIS, Elaborado pela COMISSÃO DE ESTUDOS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL DO CRC-RS, material disponível em PDF, de grande utilidade para os dirigentes do Terceiro Setor, para encaminhá-lo aos contabilistas, empresários e dirigentes dos RH's, onde podem se informarem e for lembrado que A DESTINAÇÃO DE PARTE do IRPJ ou IRPF não gera custos para os contribuintes, mas apenas INDICAÇÃO de parte do IR devido para projetos sociais aprovados, legalizados e habilitados a receberem os incentivos ali descritos, onde a equipe que pesquisou e elaborou a monografia se preocupou até com EXEMPLOS PRÁTICOS ou o passo a passo para os usuários, com 122 pgs, por isso digno de elogios aos autores.

8.7 - Vários dirigentes de RH já enviaram “lembretes” juntamente com o Informe de Rendimentos do IRPF alertando e sugerindo a utilização do

benefício fiscal do IRPF em favor das entidades do Terceiros Setor e o antigo Banco Real matinha, através de seus gerentes, orientação no sentido de “ensinarem” seus clientes com potencial para serem contribuintes do IRPF como destinarem parte do imposto devido para as entidades do Terceiro Setor, prática que foi continuada pelo banco que o sucedeu. Parabéns a todos que já agem nesse sentido.

IX – CONCLUSÃO

9.1 - Diante do exposto, podemos afirmar que as **omissões** de qualquer das obrigações contábeis, fiscais e tributárias geram riscos para as ONG's, pois não condizem com a finalidade do terceiro setor e se ocorrerem lhes sujeita as multas normais preconizadas pela legislação tributária e até a possibilidade de seus responsáveis serem denunciados por crime tributário.

9.2 - Na prática temos vistos casos de Pastores, Padres e outros dirigentes de escolas vinculadas ao terceiro setor respondendo por crimes tributários, em decorrência de lhes faltarem as informações sobre o cipoal de obrigações as quais o Governo brasileiro submete a todos os cidadãos, e o que é pior, atualmente somos mais controlados do que na época da ditadura militar. Isto custa muito, financiar a máquina administrativa cara, inoperante e até ociosa (inchada).

9.3 - E, para tanto, oneraram a classe média, via extorsão do IRRF/IRPJ de forma ilegal e inconstitucional para pagarem os milhares de funcionários detentores de cargos comissionados (sem concurso) para exercerem funções desnecessárias e que apenas incharam a máquina pública federal. Esse, dentre tantos, é um dos motivos que levaram o Brasil a ter altíssima carga tributária e ser o país que mais horas/ano gasta para os contribuintes gerirem os tributos/contribuições a que estão submetidos.

NOTAS E REFERÊNCIAS

- (1) Art. 15º da Lei nº. 9.532/1997;
- (2) Lei nº 7.689/88 c/c o Ato Declaratório Normativo nº 17/90;
- (3) O § 1º do artigo 15 da Lei nº 9.532/1997;

(4) Para configurar a isenção, a entidade deve atender aos requisitos, cumulativamente, contidos no artigo 12 da Lei 9.532/1997. a) O artigo 10 da Lei de nº. 10.833/2003 não mencionam essas entidades;

(5) A que se refere o artigo 15 da Lei no. 9.532/1997. *A contribuição para o PIS das será determinada na base de 1% sobre a folha de salários do mês, pelas seguintes entidades:*

1. *Templos de qualquer culto;*
2. *Partidos políticos;*
3. *Instituições de educação e assistência social imunes ao Imposto de Renda;*
4. *Instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e associações isentas do Imposto de Renda;*
5. *Sindicatos, federações e confederações;*
6. *Serviços sociais autônomos, criados ou autorizados por lei;*
7. *Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas - do tipo CRC, CREA, etc.*
8. *Fundações de direito privado e fundações públicas instituídas ou mantidas pelo poder público;*
9. *Condomínios de proprietários de imóveis residenciais ou comerciais;*
10. *A Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) e Organizações Estaduais de Cooperativas - previstas na Lei de nº, 5.764/1971;*

(6) A Medida Provisória nº. 2.158-35/01, em seu artigo 13 explicitaram quais as pessoas jurídicas que estão dispensadas do recolhimento da Contribuição ao PIS com base no faturamento;

(7) IN da Secretaria da Receita Federal nº. 23 da 21/01/86, DO-U de 22/01/2006;

(8) Art. 649 do RIR/1999;

(9) Art. 647 do RIR/1999. LISTA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS SUJEITOS À RETENÇÃO

1. Administração de bens ou negócios em geral (exceto consórcios ou fundos mútuos para aquisição de bens);
2. Advocacia;
3. Análise clínica laboratorial;

4. Análises técnicas;
5. Arquitetura;
6. Assessoria e consultoria técnica (exceto o serviço de assistência técnica prestado a terceiros e concernente a ramo de indústria ou comércio explorado pelo prestador do serviço);
7. Assistência social;
8. Auditoria;
9. Avaliação e perícia;
10. Biologia e biomedicina;
11. Cálculo em geral;
12. Consultoria;
13. Contabilidade;
14. Desenho técnico;
15. Economia;
16. Elaboração de projetos;
17. Engenharia (exceto construção de estradas, pontes, prédios e obras assemelhadas);
18. Ensino e treinamento;
19. Estatística;
20. Fisioterapia;
21. Fonoaudiologia;
22. Geologia;
23. Leilão;
24. Medicina (exceto a prestada por ambulatório, banco de sangue, casa de saúde, casa de recuperação ou repouso sob orientação médica, hospital e pronto-socorro);
25. Nutricionismo e dietética;
26. Odontologia;
27. Organização de feiras de amostras, congressos, seminários, simpósios e congêneres;
28. Pesquisa em geral;
29. Planejamento;
30. Programação;
31. Prótese;
32. Psicologia e psicanálise;
33. Química;

- 34. Radiologia e radioterapia;
- 35. Relações públicas;
- 36. Serviço de despachante;
- 37. Terapêutica ocupacional;
- 38. Tradução ou interpretação comercial;
- 39. Urbanismo;
- 40. Veterinária;

(10) Art. 651 do RIR/99 e art. 29 da Lei 10.833/2003;

(11) Artigo 30 da Lei nº. 10.833/2003;

(12) Artigos 30, 31, 32, 34 a 36, da Lei 10.833/2003; IN da SRF nº. 459/2004;

(13) Conforme disposto IN SRF 696/2006;

(14) Foi instituído pela IN SRF 387/2004;

(15) Conforme a IN SRF 543/2005 e IN SRF 590/2005;

(16) Instrução Normativa SRF 786/2007;

(17) De acordo com a Portaria nº. 651 do Ministério do Trabalho e Emprego, publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2007, estão obrigados a declarar a RAIS;

(18) Lei 8137/1990:
*“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)
I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias
Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.
Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº. 9.964, de 10.04.2000)*

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;
II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;
III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;
IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;
V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa."

(19) Lei de nº. 9.430/1996, art. 32. *A suspensão da imunidade tributária, em virtude de falta de observância de requisitos legais, deve ser procedida de conformidade com o disposto neste artigo;*

(20) A Constituição Federal, no seu art. 150, VI, "c", preleciona:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ou Distrito Federal e aos Municípios: (...)

VI – instituir impostos sobre: (...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da Lei."

(21) A Lei Complementar nº 104/2001 estabeleceu que, *"para gozar de imunidade, devem as entidades:*

I – Não distribuir qualquer parcela do seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II – Aplicar integralmente, no País os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – Manter escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão”.

(22) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm

(23) <http://guiatributario.net/2013/12/20/escrituracao-contabil-fiscal-ecf-obrigatoriedade-geral-2014/>

BIBLIOGRAFIA

(A) CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE – Caderno de Procedimentos

Aplicáveis à Prestação de Contas das Entidades do Terceiro Setor (Fundações)

- http://www.cfc.org.br/uparq/miolo_terceiro_setor_2012_web.pdf

(B) LUCIA HELENA BRISKI YOUNG – APOSTILA do Curso sobre Obrigações Tributárias e Contábeis do Terceiro Setor Resolução CFC nº. 1409 de 2012

(C) FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE CONTABILIDADE, CADERNO DE PROCEDIMENTOS APLICÁVEIS À PRESTAÇÃO DE CONTAS DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR (FUNDAÇÕES) http://www.crcgo.org.br/downloads/livros/terceiro_setor.pdf

(D) Moraes, Roberto Rodrigues, REDUZA DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS, Portal

MAPH http://www.maph.com.br/product_info.php?products_id=246

(E) Zanluca, Júlio César, CONTABILIDADE DO TERCEIRO SETOR, MAPH

EDITORA, http://www.maph.com.br/product_info.php?cPath=2&products_id=56

(F) COMISSÃO DE DIREITO DO TERCEIRO SETOR DA OAB-SP - CARTILHA SOBRE ASPECTOS GERAIS DO TERCEIRO SETOR http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-terceiro-setor/cartilhas/REVISaO%202011Cartilha_Revisao_2007_Final_Sem%20destaque%20de%20alteracoes.pdf

(G) MANUAL DE INCENTIVOS FISCAIS – **(Importantíssimo para obras sociais)** http://www.crcrs.org.br/arquivos/livros/livro_incentivos.pdf

(H) YOUNG, Lúcia Helena Briski, Entidades sem fins lucrativos: imunidade e isenção tributária. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2008

(I) SOUZA, Leandro Martins de. Tributação do terceiro setor no Brasil. São Paulo: Dialética, 2004.

(J) MÂNICA, Fernando Borges. Terceiro setor e imunidade tributária: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2005

(K) BARBOSA, Maria Nazaré, OLIVEIRA, Carolina Felipe. Manual de ONGS: guia prático de orientação jurídica. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

(L) LUNARDELI, Regina Andrea Accorsi, Tributação do Terceiro Setor, Editora Quartier Latin, 2006.

(M) Portal REP Educação Terceiro Setor, http://www.repweb.com.br/novo/tab_incidencia.php

(N) Portal A2 Office, de empresa já citada, LINK <http://www.a2office.com.br/images/formularios/Cartilha%203%20setor.pdf>

(O) Brasil, portal www.contadores.cnt.br

(P) CADERNO DE PESQUISAS TRIBUTÁRIAS, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, vários colaboradores, desde 1977, Editora Resenha Tributária, SP;

(Q) DIALÉTICA, Revista de Direito Tributário, coleção completa, desde a de nº 1;

(R) REVISTA DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, coleção, deste a nº 1, Editora SÍNTESE, Porto Alegre – RS;

(S) REVISTA DE DIREITO TRIBUTÁRIO, Coleção Completa, desde a nº 1, de setembro de 1977, IDEPE – Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial e IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários;

(T) TRATADO DE DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, vários volumes, desde 1977, Forense, RJ;

(U) REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA, ed. 2016, 2 volumes, 19 edição, Ed. Revista dos Tribunais.

PROVEDORES DE APLICAÇÕES E A SOBERANIA DO ESTADO

FELIPE CAPUTTI TEIXEIRA: consultor jurídico do escritório CostaMarfori, especialista em Direito Público e bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes (Centro/RJ).

RESUMO: Nas relações internacionais hodiernas, há uma dispersão dos núcleos de poder econômico-tecnológico. O desenvolvimento dos meios de transportes, das comunicações e da informática permitiram a consolidação de empresas privadas transnacionais que prestam serviço em todo o planeta (atores não-estatais). Simultaneamente a este processo de globalização, as organizações criminosas se desenvolveram para a utilização destes novos instrumentos tecnológicos, dentro dos quais as autoridades têm encontrado dificuldades de investigação. Neste cenário, surgem conflitos entre o poder estatal e essas empresas de tecnologia que não têm cumprindo adequadamente as legislações nacionais. O presente artigo enfrenta estes conflitos com base na jurisprudência e no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Provedor. Aplicativo. Soberania. Interceptação. Internet.

RESUMEN: En las relaciones internacionales hay una dispersión de los núcleos de poder económico y tecnológico. El desarrollo de los medios de transporte, de las comunicaciones y de la informática permitieron la consolidación de empresas privadas transnacionales que prestan servicio en todo el planeta (actores no estatales). Simultáneamente a este proceso de globalización, las organizaciones criminales se desarrollaron para la utilización de estos nuevos instrumentos tecnológicos, dentro de los cuales las autoridades han encontrado dificultades de investigación. En este escenario surgen conflictos entre el poder estatal y esas empresas de tecnología, que no cumplen adecuadamente las legislaciones nacionales. El presente artículo se enfrenta a estos conflictos basándose en la jurisprudencia y en el ordenamiento jurídico brasileño.

PALABRAS-CLAVE: Proveedor. Aplicación. Soberanía. Interceptación. Internet.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Constituição: criptografia, direitos fundamentais e segurança pública. 3. Estado-Nação, soberania e os atores não-estatais. 4. Possibilidade jurídica de interceptação do fluxo das comunicações e da determinação de acesso às comunicações privadas armazenadas. 5. Possibilidade jurídica de aplicação de sanção. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Nas relações internacionais hodiernas, há uma dispersão dos núcleos de poder econômico-tecnológico e o surgimento de novos atores internacionais. Este poder não está mais centralizado no tradicional conceito de Estado-Nação.

O desenvolvimento dos meios de transportes, das comunicações e da informática permitiram uma maior integração econômica, política e cultural em âmbito mundial, ampliando e consolidando o poder econômico-tecnológico de empresas privadas transnacionais (atores não-estatais).

Este processo de globalização vem promovendo profundas alterações comportamentais na sociedade. Atualmente, a maior parte do fluxo de comunicações ocorre por meio de aplicativos *online* que permitem o envio de mensagens instantâneas entre os usuários, principalmente em razão da facilidade de acesso, da segurança dos dados e da agilidade na transmissão e recebimento da informação.

Simultaneamente aos benefícios propiciados por tais instrumentos tecnológicos, as organizações criminosas também se desenvolveram para utilização destas ferramentas. Isso porque, diante da efetividade das investigações criminais por meio do rastreamento e interceptação das comunicações telefônicas, as organizações passaram a utilizar os novos mecanismos telemáticos protegidos por criptografia e outros mecanismos de segurança (aplicativos de comunicação instantânea, redes sociais, *e-mail*, etc.),

Não se questiona o benefício destes instrumentos, mas a ausência de meios eficazes de controle e investigação de crimes, aliada a falta de um maior comprometimento das empresas de tecnologia no tema da segurança

pública estão potencializando o sucesso de criminosos que utilizam a *internet* para organização e cometimento de delitos.

Nesta linha, os Estados-Nação têm criado e ampliado instrumentos de cooperação ao combate à crescente criminalidade que transcende fronteiras.

Um dos mais relevantes tratados multilaterais visando a cooperação penal e processual penal para o combate do crime organizado internacional foi a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 5.015/04^[1]. Isso porque, apesar de já existirem outros tratados de cooperação para a repressão de crimes transnacionais, estes versam sobre infrações penais específicas, sem enfrentar o problema da organização criminosa em si.

Entretanto, apesar deste esforço internacional para a repressão dos crimes transfronteiriços, o crescimento de atores não-estatais na área da tecnologia da informação e a dinamicidade das relações digitais vêm criando novos desafios que não são resolvidos pelos ultrapassados sistemas de cooperação jurídica internacional.

Tais fatos exigem a inserção destes atores não-estatais nos debates internacionais sobre a segurança pública, visando a redução dos obstáculos para a investigação criminal e atuação jurisdicional dos Estados-Nação.

É relevante destacar que a problemática da criptografia destas aplicações e do local de armazenamento de dados não é restrita ao âmbito nacional. Podemos citar diversas notícias que demonstram esse cenário conflituoso em nível internacional.

“[...] La pelea para que las comunicaciones sean accesibles a los servicios de inteligencia en casos de sospechosos por terrorismo y otros delitos graves está en marcha. Esta misma semana los fiscales antiterroristas de Francia, Bélgica, España y Marruecos reclamaron en la ciudad flamenca de Malinas un mejor acceso a los sistemas de codificación que usan los yihadistas. ‘Vemos necesario atraer la atención sobre el

encriptado. Es un obstáculo que debilita considerablemente nuestras investigaciones, a veces hasta el punto de volverlas imposibles’, alertaron los mandamases de la lucha contra el terrorismo en un comunicado conjunto.”[2].

“[...] los fiscales han pedido que se priorice el acceso a datos cifrados. “Hay contactos entre los terroristas por aplicaciones como Viber, Skype y Telegram. Están todas encriptadas y debemos poder explotar estos datos para evitar atentados”, ha insistido el ministro de Justicia belga, Koen Geens, presente en la apertura de las conversaciones. Evitar que los terroristas hallen resquicios de comunicación inaccesibles a las fuerzas de seguridad no está resultando sencillo para los responsables de combatirlos: los fiscales ya repitieron ese mismo llamamiento contra las barreras que suponen las comunicaciones encriptadas en la reunión del pasado año.”[3].

“A Rússia ameaçou [...] banir o Facebook em 2018 se a rede social não cumprir uma lei que exige o armazenamento de dados de usuários russos em território do país. O LinkedIn já foi bloqueado em 2016 por descumprir os dispositivos da legislação. ‘A lei é obrigatório para todos’, afirmou Alexander Zharov, chefe do Roskomnadzor, o órgão russo que regula as comunicações, segundo a rede de TV CNN”[4].

“[...] Desde 2014, a Apple tem feito iPhones com um sistema adicional de criptografia que nem eles podem quebrar, mesmo que recebam um mandado oficial. [...] Além disso, a Apple diz que criar tal sistema abriria precedentes para o governo norte-americano poder quebrar a privacidade de outros usuários. [...] Apesar dos argumentos da Apple, o juiz Sheri Pym, da corte federal dos EUA, diz que a empresa deve encontrar uma

maneira de desbloquear o aparelho. Para isso, ele se baseia no 'All Writs Act', estatuto de 1789 que diz que juízes podem emitir mandados 'necessários ou apropriados com o objetivo de cumprir suas respectivas jurisdições e os usos e princípios da lei' [...]”[5].

Neste artigo, enfrentaremos os conflitos da atividade exercida pelos atores não-estatais, principalmente as empresas de tecnologia, com a soberania de um Estado.

2. Constituição: criptografia, direitos fundamentais e segurança pública

A criptografia é o sistema que utiliza um algoritmo (função matemática), simétrico ou assimétrico, para realizar a cifração (alterar sinais de linguagem clara por outros ininteligíveis) ou a decifração (reverter processo de cifração) de informações e dados.

A Política de Segurança da Informação/PSI (Decreto n.º 3.505/00) traz como um de seus pressupostos básicos a capacitação científico-tecnológica do Brasil para o uso da criptografia. Inclusive, a PSI tem como um de seus objetivos a promoção da capacitação industrial com vistas à sua autonomia no desenvolvimento e na fabricação de produtos que incorporem recursos criptográficos, bem como o fomento do setor produtivo para participar competitivamente do mercado relacionado com a segurança da informação.

O Marco Civil da Internet/MCI (Lei federal de âmbito nacional n.º 12.965/14 e o Decreto n.º 8.771/16) positiva, como uma de suas diretrizes, o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como a encriptação.

Verifica-se que a legislação brasileira reconhece a criptografia como um relevante instrumento de proteção de dados e, conseqüentemente, de proteção dos direitos fundamentais (intimidade, vida privada, honra, liberdade de expressão, etc.).

Neste sentido tem sido o fundamento das empresas de tecnologia para não conceber exceções na segurança dos dados de seus *software* e dispositivos, como se extrai da declaração pública^[6] da Apple.

The United States government has demanded that Apple take an unprecedented step which threatens the security of our customers. We oppose this order, which has implications far beyond the legal case at hand.

This moment calls for public discussion, and we want our customers and people around the country to understand what is at stake.

Smartphones, led by iPhone, have become an essential part of our lives. People use them to store an incredible amount of personal information, from our private conversations to our photos, our music, our notes, our calendars and contacts, our financial information and health data, even where we have been and where we are going.

All that information needs to be protected from hackers and criminals who want to access it, steal it, and use it without our knowledge or permission. Customers expect Apple and other technology companies to do everything in our power to protect their personal information, and at Apple we are deeply committed to safeguarding their data.

For many years, we have used encryption to protect our customers' personal data because we believe it's the only way to keep their information safe. (partes do texto)

Entretanto, não existem direitos absolutos e a parte final do inciso XII, art. 5º da CRFB/88^[7] dispõe sobre a possibilidade de mitigação do direito à intimidade e do direito à privacidade. Assim, é possível excepcionar a inviolabilidade das comunicações telefônicas no caso de interceptação para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, sempre precedida de ordem judicial.

“Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Ademais, é uníssono o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de acesso à dados sigilosos para efeito de inquérito ou persecução criminal, sempre precedido de ordem judicial devidamente fundamentada[8].

No mesmo sentido, o MCI dispõe sobre a inviolabilidade e sigilo do fluxo de comunicações pela *internet*, salvo por ordem judicial e na forma da lei; e sobre a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (art. 7º, incisos II e III).

Constata-se que o próprio Poder Constituinte Originário realizou uma ponderação entre os direitos fundamentais citados e a necessidade de, excepcionalmente, restringi-los em busca do direito punitivo estatal e do imperativo de manutenção da segurança. Em outros termos, se Constituição, ato normativo de maior estatura em um país, e a lei possibilitaram a interceptação e o acesso à dados sigilosos para fins criminais, o Estado, as empresas e a sociedade devem-lhes obediência.

Conclui-se que, apesar das relevantes questões levantadas quanto à segurança da informação, idealizadas para a proteção de direitos fundamentais, não existem direitos absolutos. Não se pode desvirtuar o objetivo da segurança da informação para permitir que criminosos se utilizem da mesma segurança para a realização de delitos, caso contrário, a segurança da informação estaria sendo utilizada para a promoção da insegurança.

Deve-se ressaltar, ainda, que se reconhece a criptografia como um importante instrumento de segurança da informação, sendo adequado que esta tecnologia seja de propriedade de atores não-estatais (independentes

do Poder Público), evitando-se sua utilização para interesses escusos de espionagem industrial, individual e qualquer outra modalidade de violação de direitos fundamentais. Também não se pretende defender a apropriação, pelo Estado, do *know how* relacionado a tecnologia da segurança destes atores não-estatais, mas a criação, por estes, de mecanismos para o cumprimento das leis e das determinações judiciais.

3. Estado-Nação, soberania e os atores não-estatais

A ideia de soberania é inerente ao conceito de Estado e, de acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 98), deve ser compreendida sob o ponto de vista interno e externo. Internamente é o poder estatal supremo, não limitado por nenhum outro, que deverá ser respeitado por todos aqueles que estejam ou exerçam atividades em seu território; externamente a soberania significa um poder estatal independente e respeitado perante a comunidade internacional, só se sujeitando as regras internacionais quando voluntariamente aceitas.

As empresas constituídas em conformidade com as leis brasileiras (art. 1.126 do CC/02) e as estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil estão sujeitas às leis e aos tribunais nacionais quanto aos atos ou operações praticadas no território brasileiro (arts. 1.134 e 1.137 do CC/02).

O MCI vai além, conforme os §§1º e 2º, do art. 11 da Lei federal de âmbito nacional n.º 12.965/14:

“Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das

comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil. [...]” g.n.

Portanto, apesar da Constituição de 1988 e do MCI tutelarem a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de comunicações pela *internet* e das comunicações privadas armazenadas, é indiscutível que, excepcionalmente, serão possíveis as respectivas interceptações e acessos aos dados (art. 7º, incisos II e III; art. 10, §2º; art. 22 da Lei n.º 12.965/14).

Nesta linha, se o provedor de aplicações da *internet*^[9] estiver sediado no exterior, mas oferte serviço ao público brasileiro (coleta, armazena, guarda ou trata de dados e comunicações privadas), estará sujeito a incidência da legislação nacional. Neste caso, o pedido poderá ocorrer via carta rogatória, via tratado internacional de cooperação jurídica ou até por solicitação direta, mas sempre respeitando a soberania e a legislação do Estado no qual o provedor esteja situado.

No caso em que a empresa constitua filial no Brasil, há intenso debate acerca da necessidade de adoção da carta rogatória ou da cooperação internacional.

Tal discussão, inclusive, ensejou a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 51, perante o Supremo Tribunal Federal^[10].

De acordo com a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça/STJ, caso haja constituição de filial no Brasil do provedor de aplicações sediado no exterior e ocorra troca de mensagens entre brasileiros, em território nacional, com suspeita de envolvimento em crimes cometidos no Brasil, independentemente do local de armazenamento deste conteúdo, a matéria está submetida à jurisdição brasileira. O STJ entende

que nestes casos estará dispensada as formalidades de eventual instrumento de cooperação jurídica internacional.

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. (...) 5. Os serviços telefônicos e telemáticos - por meio dos quais foram realizadas as comunicações interceptadas - encontravam-se ativos no Brasil, por intermédio de operadoras de telefonia estabelecidas no território nacional, evidenciando-se a efetiva atuação da empresa canadense no País, independentemente do local de armazenamento do conteúdo das mensagens trocadas entre o recorrente e os demais acusados. Dessa forma, tratando-se de matéria submetida à jurisdição brasileira, desnecessária se torna a própria cooperação jurídica internacional (...)”^[11].

Partes do inteiro teor: “[...] com a expedição do ofício judicial determinando a interceptação das mensagens BBM^[12], esse documento é direcionado ao órgão central da Polícia Federal e, na sequência, a demanda é encaminhada à representação local da BlackBerry para que sejam adotadas as providências necessárias à implementação. Destacou, na sequência, que ‘a implementação da interceptação é efetivada pela Blackberry PSO Department no Canadá, já que seus servidores se encontram naquele país, contudo, as demandas são direcionadas à representação da referida empresa no Brasil. [...] Apenas para registro, destaco que a licitude de interceptações telemáticas de mensagens enviadas por Blackberry Messengers já foi apreciada por este Superior Tribunal em casos semelhantes, com indicação, inclusive, da irrelevância quanto ao fato de a referida sociedade empresária ter sede no Canadá. Menciono, por exemplo, a denominada “Operação Lava-Jato”, objeto do HC n. 321.828/PR, de relatoria Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) (DJe 29/4/2015), e a operação intitulada “Cavalo de Fogo”, objeto do RHC n.

57.763/PR, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura (DJe 15/10/2015)”. g.n.

Questão de ordem. Decisão da Ministra Relatora que determinou a quebra de sigilo telemático (gmail) de investigados em inquérito em trâmite neste STF. Google Brasil internet Ltda. Descumprimento. Alegada impossibilidade. Inverdade. Google international llc e Google inc. controladora americana. Irrelevância. Empresa instituída e em atuação no país. Obrigatoriedade de submissão às leis brasileiras, onde opera em relevante e estratégico seguimento de telecomunicação. Troca de mensagens, via e-mail, entre brasileiros, em território nacional, com suspeita de envolvimento em crimes cometidos no Brasil. Inequívoca jurisdição brasileira. Dados que constituem elementos de prova que não podem se sujeitar à política de estado ou empresa estrangeiros. Afronta à soberania nacional. Imposição de multa diária pelo descumprimento[13]. (ementa formatada)

Partes do Inteiro teor: “[...] Nesse cenário, é irrecusável que o fato de esses dados estarem armazenados em qualquer outra parte do mundo não os transformam em material de prova estrangeiro, a ensejar a necessidade da utilização de canais diplomáticos para transferência desses dados. Trata-se, evidentemente, de elemento de prova produzido, transmitido e recebido em território brasileiro, repito. Nada tem a ver com terras alienígenas, a não ser pelo fato de, por questões estratégico-empresariais, estarem armazenadas nos Estados Unidos. Cumpre observar que a mera transferência reservada – poder-se-ia dizer interna corporis – desses dados entre empresa controladora e controlada não constitui, em si, quebra do sigilo, o que só será feito quando efetivamente for entregue à autoridade judicial brasileira, aqui. Insisto: a

simples transmissão de dados, resguardado seu conteúdo, entre as entidades pertencentes ao mesmo grupo empresarial, com a exclusiva finalidade de entrega à autoridade judiciária competente, no caso a brasileira, não tem o condão de sequer arranhar a soberania do Estado estrangeiro [...]”.

Por outro lado, parte da jurisprudência defende a impossibilidade de se exigir, da filial no Brasil, o fornecimento do conteúdo de comunicações privadas armazenado pela empresa controladora no exterior. Entendem que o provedor de aplicações, controlador dos dados, é o único destinatário possível da ordem judicial para a disponibilização. Logo, a competência para determinar a entrega dos dados é da autoridade no local em que o provedor estiver situado. Inclusive, afirmam que os provedores de aplicações sediados nos EUA, em razão da legislação local, não poderiam divulgar o “conteúdo das comunicações” privadas, exceto nos casos excepcionados pela lei ou por autorização da autoridade norte-americana competente, devendo a autoridade brasileira seguir as disposições do acordo de cooperação internacional, ainda que haja filial do grupo econômico no Brasil^[14].

Em qualquer dos casos, não se discute a incidência da legislação brasileira, mas apenas o método de execução da ordem expedida pela autoridade nacional.

Espera-se que na referida ação de controle de constitucionalidade sejam devidamente enfrentadas as controvérsias acerca da disponibilização de dados cadastrais e registros de acesso e conexão; de comunicações privadas armazenadas no exterior; e da viabilização da interceptação telemática de comunicações instantâneas entre dispositivos localizados no Brasil.

É relevante elucubrar se a constituição de uma filial^[15] estabelecida sob as leis brasileiras, pertencente ao mesmo grupo econômico e tendo como sócia majoritária a empresa estrangeira, poderia restringir suas obrigações legais a partir da aprovação de seu objeto social. Em outros termos, será que a constituição de uma filial poderia, através de seu contrato

social de natureza privada, reduzir a incidência das obrigações legais impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro?

4. Possibilidade jurídica de interceptação do fluxo das comunicações e da determinação de acesso às comunicações privadas armazenadas

Conforme as disposições legislativas e jurisprudenciais mencionadas, é possível juridicamente a determinação de interceptação do fluxo das comunicações e de acesso às comunicações armazenadas por meio de aplicativos.

Quanto ao fluxo das comunicações pela *internet*, em razão da instantaneidade, a autoridade judicial poderá determinar a interceptação telemática, sempre para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, inciso XII da CRFB/88; Lei 9.296/96; e art. 7º, incisos II e III; art. 10, §2º; art. 22 da Lei n.º 12.965/14).

Apesar da manifestação do co-fundador de um aplicativo de mensagens instantâneas^[16] no sentido de que a criptografia de ponta a ponta é inviolável, até mesmo para a própria empresa, demonstra o expreso reconhecimento no descumprimento da legislação brasileira. Esta decisão política-empresarial de tornar inviolável o fluxo de comunicações pelo aplicativo não pode ser argumento para o descumprimento das normas constitucionais e legais.

Logo, o aplicativo está funcionando em território nacional imune a legislação e as decisões judiciais que determinam a possibilidade excepcional de interceptação do fluxo das comunicações, fato que atenta contra a soberania da República Federativa do Brasil.

Relembre-se, as empresas que exerçam atividades no território nacional estão submetidas ao direito objetivo. Segundo Vicente Ráo (1999), o direito objetivo tem como características a universalidade (dever de todos à obediência da autoridade soberana das normas editadas pelo Estado), aplicabilidade geral aos que se enquadram nos requisitos por elas exigidos

e coercibilidade (poder estatal de impor o cumprimento e/ou penalizar seu descumprimento).

Outra discussão que se impõe é saber se o fluxo das comunicações pela *internet* entre dispositivos em território nacional, necessariamente, trafega pelos provedores estabelecidos fora do território brasileiro. Ponto relevante na discussão acerca dos meios para a concretização da interceptação deste fluxo (carta rogatória, cooperação jurídica internacional ou solicitação/decisão direta de autoridade brasileira).

Questão mais complexa é em relação à determinação judicial de acesso ao conteúdo de comunicações privadas armazenadas.

Embora o MCI disponha de maneira distinta dos registros de conexão, de acesso a aplicações^[17] e do conteúdo das comunicações na *internet*; o art. 10, *caput* e §§ 1º e 2º da referida lei dispõe que o provedor responsável pela guarda destes dados só será obrigado a disponibilizar os registros de conexão e de acesso, mediante ordem judicial. Em relação ao conteúdo das comunicações privadas, o MCI não estabelece a obrigação de registro e armazenamento, conquanto preveja a possibilidade de acesso a tal conteúdo, por meio de ordem judicial específica (art. 7º, II e III).

Portanto, em uma interpretação sistemática da lei, é defensável a inexistência de obrigação legal de guarda do conteúdo das comunicações privadas. Agora, havendo a guarda do conteúdo, o MCI possibilita o acesso mediante ordem judicial, lembrando das discussões relacionadas aos dados armazenados no exterior.

Por fim, é importante distinguir as hipóteses enfrentadas de alguns casos julgados pelo STJ, nos quais estão sendo admitidos a extração de dados e conversas armazenadas em um dispositivo apreendido (celular, *notebook*, etc.).

[...] 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei 9.296/1996 nem pela Lei 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de

inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do recorrente, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP”[18].

O projeto de lei n.º 6.960/17 busca incluir no MCI este sigilo de dados armazenados em quaisquer dispositivos que se conectem à *internet* (computadores, celulares, *tablet*, etc.)[19]. Isso porque a lei já garante o sigilo do fluxo das comunicações pela *internet* e do conteúdo das comunicações privadas, mas não a todo e qualquer tipo de dado armazenado em um dispositivo (fotos e vídeos pessoais, comprovantes de operações financeiras, documentos, dentre outros).

5. Possibilidade jurídica de aplicação de sanção[20]

As normas punitivas existem como uma advertência prévia e pública acerca dos padrões de conduta esperados, sendo uma forma eficaz de impor o cumprimento do ordenamento e conceder estabilidade e segurança para as relações jurídicas.

Havendo o descumprimento das disposições sobre a proteção dos registros, dos dados pessoais e das comunicações privadas (arts. 10 e 11), o MCI, em seu art. 12, positivou algumas sanções. Dentre as punições estão as de advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil; suspensão temporária e/ou proibição de exercício das

atividades. Portanto, do ponto de vista jurídico, é possível a suspensão de funcionamento do aplicativo.

Neste sentido foi o entendimento esposado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) na audiência pública que discutiu o MCI e os bloqueios judiciais ao *WhasApp*.

*“[...] ‘o ordenamento jurídico dá sustentação legal e constitucional para as decisões que determinam a suspensão de qualquer meio de comunicação que seja insuscetível da intervenção estatal’. Segundo o palestrante, ‘isso é necessário e deverá ser no mundo inteiro, sob pena de o estado criminoso se perpetuar de forma absolutamente inaceitável’. [...] a decisão do magistrado foi tomada com grande respaldo na legislação brasileira. Ele citou dispositivos da Lei de Intercepção de Telefônica (Lei 9.296/1996), do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), objeto de questionamento no STF, da Constituição Federal e do Código de Processo Penal (artigo 319), segundo os quais permitem que o conteúdo de informações privadas seja quebrado por determinação judicial, especialmente quando a comunicação é destinada à prática de crime. Acrescentou que o juiz só determinou o bloqueio do aplicativo seis meses depois da decisão em que pediu a quebra do sigilo de dados do *WhatsApp*, pois não foi atendida, mesmo com a imposição de multa que iniciou em R\$ 50 mil e chegou a R\$ 1 milhão por dia de descumprimento”[\[21\]](#).*

O Instituto dos Advogados de São Paulo também se manifestou favoravelmente a possibilidade, sendo necessária *“uma ‘compatibilização técnica’ entre o funcionamento de aplicativos e o dever de cumprimento das ordens judiciais de quebra de sigilo”*[\[22\]](#).

O secretário de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República afirmou que não se deve admitir *“criar no Brasil, a partir do*

juízo das duas ações em trâmite no Supremo, ‘um paraíso digital, em que criminosos possam cometer infrações penais’^[23].

O processo sancionatório deverá considerar as especificidades do caso. A disseminação dos instrumentos tecnológicos tem acarretado uma profunda alteração nas relações sociais e econômicas, cada vez mais dependentes destes aplicativos, sendo extremamente prejudicial a respectiva suspensão de funcionamento. A referida suspensão, antes de ser uma sanção à empresa responsável, poderá ocasionar uma penalização à população.

Diante da complexidade do tema e da assimilação destas tecnologias pela sociedade, deve o Direito pacificar o conflito em benefício da ordem democrática, não sendo indiferente as questões sociais envolvidas.

Sensível a estas questões, a decisão liminar na ADPF 403 MC/SE^[24], de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, determinou a suspensão do bloqueio do aplicativo *WhatsApp*. O Ministro relator esclareceu que a manutenção da restrição implicaria na violação do princípio da proporcionalidade, por ser o aplicativo relevante instrumento democrático de acesso à informação e à difusão de dados.

Desta forma, apesar da possibilidade jurídica do Judiciário impor a sanção de suspensão do funcionamento de aplicativos, tal decisão não deve ser proferida em um processo individual, já que: (i) exigiria que um dos diversos provedores de aplicação quebrasse a segurança de sua criptografia, em prejuízo à atratividade-competitividade de seu produto frente aos demais provedores que não fossem parte do processo; (ii) geraria eventual risco de ordens judiciais impossíveis materialmente de serem cumpridas, pois é questionável se legislação brasileira determina a obrigação do provedor ao armazenamento do conteúdo das comunicações privadas; e (iii) violaria a proporcionalidade em sentido estrito, pois a decisão causaria mais prejuízos à sociedade do que benefícios.

A relevância do tema impõe a busca por outros meios mais adequados e eficazes para solucionar o imbróglio. A Ministra Laurita Vaz, no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito n.º 784, ressaltou, por

exemplo, a necessidade de aproximação e negociação destes atores não-estatais com os organismos internacionais e/ou os Estados-Nação.

Agora, caso esgotadas as tentativas de negociação, sem qualquer solução, aí sim a República Federativa do Brasil deveria fazer valer sua soberania e impor medidas que impossibilitassem tais aplicativos de funcionar em território nacional.

6. Conclusão

Como se pôde observar, os operadores do direito no mundo globalizado enfrentam questões interdisciplinares que transcendem as barreiras sociais, econômicas, físicas e jurídicas de ordem interna, devendo atuar com sensibilidade à pluralidade e diversidade de interesses.

Em âmbito nacional, apesar do reconhecimento da criptografia como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, não existem direitos absolutos, sendo possível a interceptação do fluxo de comunicações pela *internet* e do acesso às comunicações privadas armazenadas, desde que por ordem judicial.

Como já demonstrado, a legislação nacional é obrigatória à empresa que ofereça serviços ao público brasileiro, independentemente do local de sua sede. E, caso o provedor constitua uma filial sob as leis brasileiras, não há como negar a eficácia direta das determinações judiciais de interceptação de dados e da disponibilização das comunicações, não devendo um ato privado (contrato social) restringir as obrigações legais impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a sanção de suspensão de um aplicativo não deve ser imposta sem a análise de todas as especificidades *sub judice*, principalmente relacionadas ao grau de “simbiose” dos aplicativos à rotina social e ao princípio da proporcionalidade, considerando os prejuízos sociais causados com a respectiva paralização.

Ainda que inaplicável a sanção de suspensão, não se deve imunizar as empresas de tecnologia da informação, como uma espécie de “poder paralelo” acima da soberania dos Estados. Até porque, em um mundo cada vez mais conectado, é inaceitável que os atores não-estatais mantenham uma postura omissa quanto ao combate da criminalidade.

Sendo o tema interdisciplinar, a solução deve envolver todas as estruturas de poder. É necessária uma atuação coordenada do Poder Executivo – auxiliado pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública e do Ministério das Relações Exteriores -, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e da sociedade, para que sejam buscadas diretivas uniformes ao cumprimento da legislação brasileira e à adequação das respectivas plataformas digitais.

Após este esforço conjunto, caso não sejam resolvidos tais imbróglios, o Estado-Nação deverá fazer valer sua soberania, advertindo publicamente o impedimento de funcionamento dos provedores que não se adequem a legislação interna. Cite-se, por exemplo, a lei da Rússia que exige o armazenamento de dados de usuários russos em seu respectivo território^[25].

O mercado capitalista competitivo assumirá o encargo de criar novas plataformas digitais que, de acordo com a legislação, serão assimiladas pela sociedade.

Em âmbito internacional, é preciso que os Estados-Nação e os organismos internacionais reconheçam a relevância destes novos personagens no desenvolvimento econômico e tecnológico, inserindo-os nos debates internacionais de segurança pública. Além disso, é necessário reconhecer que os atuais acordos de cooperação jurídica internacional não são eficazes para atender a dinamicidade dos problemas na sociedade digital.

Assim, é preciso que tais atores internacionais diligenciem para um acordo multilateral que observe, na medida do consenso possível, os direitos de privacidade, intimidade, propriedade, livre iniciativa, segurança pública (interna e externa), investigação e a interoperabilidade técnica e processual das plataformas, propiciando uma maior segurança e estabilidade jurídica.

7. Referências:

BERNARDO, Kaluan. Como um único *iPhone* colocou a Apple contra o FBI e a Justiça americana. Disponível

em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/02/17/Como-um-%C3%BAnico-iPhone-colocou-a-Apple-contra-o-FBI-e-a-Justi%C3%A7a-americana>> . Acessado em 20.12.2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>.

BRASIL. Presidência da República - Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>.

BULOS. Uadi Lammêngo. Constituição Federal anotada. 8ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva. 2008.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 24ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPAÑA. El País. Disponível em: <<https://elpais.com>>.

RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 5ª ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

[1] Podemos citar ainda: o Decreto n.º 5.017/04 que promulga 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; o Decreto n.º 5.687/06 que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; Decreto n.º 154/91 que promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, dentre outros.

A Convenção de Budapeste sobre o cibercrime, ainda não aderida pelo Brasil.

[2] SÁNCHEZ, Álvaro. *¿Un policía en tu WhatsApp?* El País. Disponível em <<https://goo.gl/EzwbPz>>. Acessado em 20.01.2018.

[3] SÁNCHEZ, Álvaro. *Fiscales antiterroristas de cuatro países reclaman mayor acceso a mensajes encriptados.* El País. Disponível em: <<https://goo.gl/5xKdY5>> . Acessado em 20.01.2018.

[4] Portal G1. Rússia ameaça banir *Facebook* do país. < <https://goo.gl/kfd9fS>>. Acessado em 18.10.2017.

[5] BERNARDO, Kaluan. Como um único iPhone colocou a Apple contra o FBI e a Justiça americana. *Nexo Jornal*. Disponível em <<https://goo.gl/RPEhec>>. Acessado em 23.10.2017.

[6] APPLE. Disponível em: <<https://www.apple.com/customer-letter/>>. Acessado em 23.10.2017.

[7] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[8] STF. HC 89.083, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJE de 06.02.2009; RHC 137074, Rel. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma. DJE 16.12.2016.

[9] Entidade que forneça funcionalidades que possam ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. Enquadram-se no conceito aos aplicativos *Telegram, Skype, WhatsApp, Uber, Facebook Messenger, Gmail, Hotmail*, etc. (art. 5º, VI, do Marco Civil da Internet).

[10] Existem outras ações de controle abstrato de (in)constitucionalidade relacionadas à Lei 12.965/2014 – ADI n.º 5.527 e ADPF 403.

[11] STJ. RHC 67.558/RJ. Relator(a): Ministro Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma. DJe 21.10.2016

[12] *BlackBerry Messenger*.

[13] STJ. Inq 784 / DF. Relator(a): Ministra Laurita Vaz. Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL. Publicação: DJe 28/08/2013.

[14] Decreto n.º 3.810/01 (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América).

[15] CPC/2015: Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser

cumprida a obrigação; III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] X - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil; [...] §3º O gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo.

[16] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://goo.gl/doDAHJ>>. Acessado em 23.10.2017.

[17] Registro de conexão é o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados (art. 5º, VI, da Lei 12.965/14).

Registro de acesso a aplicações de internet é o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP (art. 5º, VIII, da Lei 12.965/14).

[18] STJ. RHC 78747. Relator(a): Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma. DJe 09/06/2017. No mesmo sentido o RHC 67.379 e RHC 51.531.

[19] Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://goo.gl/5T9j5h>>. Acessado em 17.02.2018.

[20] Incisos III e IV do art. 12 da Lei 12.965/14 são objetos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.527 no STF.

[21] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://goo.gl/5cQNef>>. Acessado em 23.10.2017.

[22] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://goo.gl/ojgwJd>>. Acessado em 23.10.2017.

[23] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://goo.gl/8nZoJU>>. Acessado em 23.10.2017.

[24] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://goo.gl/p73pQT>>. Acessado em 23.10.2017.

[25] Portal G1. Rússia ameaça banir *Facebook* do país. <<https://goo.gl/kfd9fS>>. Acessado em 18.10.2017.

JORNADA SEMANAL DE TRABALHO DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE É DE 60 HORAS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: Este artigo pretende demonstrar que é permitido ao servidor público cumular dois cargos públicos de profissões regulamentadas na área da saúde, nos termos do disposto no art. 37, XVI, "c" da Constituição Federal, desde que comprovada a compatibilidade de horários entre os cargos exercidos. O limite máximo da jornada semanal de trabalho de profissionais de saúde é de 60 horas.

Palavras-chave: Profissionais da Saúde; Jornada Semanal; 60 horas.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate that the public servant is allowed to cumulate two public positions of regulated professions in the health area, in terms of the provisions in art. 37, XVI, "c" of the Federal Constitution, provided that the compatibility of schedules among the positions exercised is proven. The maximum limit of the weekly working day of health professionals is 60 hours.

Keywords: Health professionals, Weekly Week, 60 hours.

RESUMEN: Este artículo pretende demostrar que se permite al servidor público acumular dos cargos públicos de profesiones reguladas en el área de la salud, en los términos de lo dispuesto en el art. 37, XVI, "c" de la Constitución Federal, siempre que se haya comprobado la compatibilidad de horarios entre los cargos ejercidos. El límite máximo de la jornada semanal de trabajo de los profesionales de la salud es de 60 horas.

Palabras clave: Profesionales de la Salud, Jornada Semanal, 60 horas.

1 INTRODUÇÃO

É permitido ao servidor público cumular dois cargos públicos de profissões regulamentadas na área da saúde, nos termos do disposto no art.

37, XVI, “c” da Constituição Federal, desde que comprovada a compatibilidade de horários entre os cargos exercidos.

O limite máximo da jornada semanal de trabalho de profissionais de saúde é de 60 horas. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a ser aplicado no julgamento de casos que envolvam a acumulação remunerada de cargos públicos para os servidores que atuam nessa área.

Acerca do assunto, a Corte já reconheceu a impossibilidade de acumulação de cargos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho superar 60 horas semanais.

Um dos acórdãos cita a Constituição Federal e o artigo 118 da lei 8.112/90 para ressaltar que é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, ressalvados os casos topicamente previstos, entre eles o de dois cargos ou empregos de profissionais de saúde que apresentem compatibilidade de horários e cujos ganhos acumulados não excedam o teto remuneratório previsto.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) reafirmou a tese, já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), de que o limite máximo da jornada semanal de trabalho de profissionais da saúde é de 60 horas. Esse entendimento, portanto, deve ser aplicado no julgamento de casos que envolvam a acumulação remunerada de cargos públicos para os servidores que atuam nessa área.

2 DESENVOLVIMENTO

A Lei Complementar nº 13 de 03/01/1994, Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Piauí trata da acumulação de cargos públicos nos artigos 139 a 141.

A Advocacia-Geral da União (AGU) fez prevalecer mais uma vez na Justiça a tese da imprescindibilidade de se comprovar a compatibilidade de horários para cumulação de cargos públicos. A atuação ocorreu após servidora pública ocupante do cargo de enfermeira no Hospital Universitário do Piauí obter o direito de tomar posse no cargo de técnico administrativo

(enfermeiro) do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí (IFPI).

A referida servidora exerce jornada semanal de 36 horas no hospital universitário, em regime de plantões noturnos de 12 horas, e foi aprovada em concurso público do IFPI para jornada de trabalho de 40 horas semanais, com lotação na cidade de Campo Maior (PI).

Inicialmente, decisão de primeira instância entendeu que haveria compatibilidade de horários e que a servidora tinha direito a tomar posse no outro cargo. Mas a Procuradoria-Regional Federal da 1ª Região (PRF1), a Procuradoria Federal no Estado do Piauí (PF/PI) e a Procuradoria Federal junto ao IFPI (PF/IFPI) recorreram ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1).

Os procuradores federais destacaram que, embora a Constituição Federal não tenha estabelecido uma carga horária semanal máxima em caso de cumulação de cargos públicos na área de saúde, “esta prescreveu que deve haver compatibilidade de horários como critério de limitação ao número de horas a serem trabalhadas, devendo, além de se evitar a prestação de serviço de forma concomitante, levar-se em conta o descanso ou repouso entre uma e outra jornada de labor, destinado a preservar a saúde do trabalhador e a qualidade do serviço público por ele desempenhado, em observância ao princípio da eficiência”.

As procuradorias também afirmaram que o limite aceito pela administração pública federal para permitir a acumulação de cargos, seguindo a orientação do Parecer Normativo AGU/GQ nº 145/1998, seria de 60 horas semanais. “Impor uma jornada superior prejudicaria a saúde do servidor e o desenvolvimento das atividades laborais em ambos os cargos, de forma que não haveria compatibilização de horários no caso da impetrante. Além da soma das jornadas regulares de trabalho a que ela estaria submetida ultrapassar 60 horas semanais, ela teria que cumprir seus encargos em cidades diferentes, na capital Teresina e na cidade de Campo Maior, não tendo o magistrado considerado o prazo necessário para este deslocamento”.

A 6ª Turma acolheu os argumentos da AGU e deu destaque ao entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de “reconhecer que o Acórdão TCU 2.133/2005 e o Parecer GQ 145/98, ao fixarem o limite de 60 horas semanais para que o servidor se submeta a dois ou mais regimes de trabalho, deve ser prestigiado, uma vez que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

A acumulação de cargos de profissionais de saúde no serviço público depende da comprovação de compatibilidade de horários. Foi o que concluiu a 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região ao julgar uma ação movida por uma auxiliar de enfermagem contra a União por obrigá-la a escolher entre um dos dois cargos públicos que atualmente ocupa no Hospital Geral da Piedade, no Rio de Janeiro.

A profissional buscou a Justiça Federal para continuar a trabalhar no local, onde acumula dois cargos há mais de 28 anos. A carga horária dela é de 60 horas semanais: vai de 7h às 13h e depois de 13h às 19h, de segunda à sexta-feira. Não há sobreposição de horário.

Para o juiz federal convocado Vigdor Teitel, relator do caso, a Emenda Constitucional 34/2001 assegurou o direito à acumulação de cargos de profissionais de saúde nos casos em que houver compatibilidade e a regulamentação da profissão.

“E antes disso, a jurisprudência já havia sedimentado o entendimento no sentido de ser possível a acumulação de dois cargos de profissional de saúde, quando a mesma já era exercida antes da atual Carta Magna, nos moldes do artigo 17, parágrafos 1º e 2º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Levando em consideração as peculiaridades do caso, a 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em decisão unânime, considerou legal a acumulação de dois cargos públicos (médico e professor) e que representam uma jornada semanal superior a 60 horas. A relatora, desembargadora federal Nizete Lobato, considerou que o servidor acumula os dois cargos há 35 anos e que, nesse período, não há registros de prejuízo à sua saúde ou problemas no atendimento dos pacientes.

O servidor procurou a Justiça Federal a fim de reverter o ato administrativo que pretendia obrigá-lo a optar por um dos referidos cargos ou a diminuir sua carga horária, com redução proporcional da remuneração. A 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro considerou legal a acumulação dos cargos.

Na apelação ao TRF-2, a União alegou que tinha o dever de zelar pela eficiência do serviço público e pelo bem-estar do servidor, e utilizou como respaldo o parecer da Advocacia Geral da União, o qual prevê um intervalo mínimo de descanso entre as jornadas de trabalho, bem como, o limite de 60 horas para carga horária semanal.

Entretanto, a desembargadora federal Nizete Lobato esclareceu que, quando a carga horária for superior a 60 horas, deve-se atentar para a peculiaridade de cada caso. E citou a alínea “c”, do inciso XVI, do artigo 37 da Constituição de 1988, que admite a acumulação de dois cargos públicos pelos profissionais de saúde, desde que apresentem compatibilidade de horário e que a profissão seja regulamentada.

A relatora considerou ainda que, uma vez que “o servidor acumula os dois cargos desde 1980, (...), não é mais razoável, decorridos mais de 35 anos, modificar situação consolidada no tempo”. Ainda mais que nos autos não há relatos de “desídia no cumprimento das funções; prejuízo à saúde física e mental, à qualidade do serviço prestado e à produtividade; e ou atendimentos ineficazes a pacientes submetidos a seus cuidados”.

A própria CF/88 prevê exceções a essa regra. Veja o que dispõe o art. 37, XVI:

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

No caso dos servidores públicos federais, importante mencionar que o tema foi regulamentado pela Lei nº 8.112/90:

Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

(...)

§ 2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.

Com o objetivo de disciplinar a matéria, a Advocacia Geral da União (AGU) emitiu o parecer nº GQ-145, vinculante, afirmando que o servidor somente poderá acumular cargos se houver compatibilidade de horário e desde que a jornada máxima não ultrapasse 60 horas semanais. Assim, para a AGU, mesmo que exista compatibilidade de horários, se a jornada semanal ficar acima de 60 horas, a acumulação não seria permitida, considerando que o servidor estaria muito cansado e isso atrapalharia seu desempenho funcional, em prejuízo ao princípio constitucional da eficiência.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) também tem se manifestado no mesmo sentido da AGU, admitindo como limite máximo em casos de acumulação de cargos ou empregos públicos a jornada de trabalho de 60 horas semanais. É o caso, por exemplo, do Acórdão 2.133/05.

Os servidores não concordaram com este entendimento e recorreram à Justiça para que pudessem manter a acumulação de cargos mesmo se a jornada semanal for superior a 60 horas. O STJ acolheu o pedido dos servidores? É possível que o servidor acumule dois cargos públicos mesmo que a soma das jornadas ultrapasse 60 horas semanais?

NÃO. O STJ decidiu que é vedada a acumulação de cargos públicos quando a soma da carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de 60 horas semanais.

Segundo o STJ, como a possibilidade de acumulação é exceção, esta acumulação de cargos deve ser interpretada de forma restritiva.

Ademais, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência. O servidor precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho.

Observa-se, assim, que a jornada excessiva de trabalho atinge a higidez física e mental do profissional de saúde, comprometendo a eficiência no desempenho de suas funções.

É vedada a acumulação de dois cargos públicos quando a soma da carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de 60 horas semanais.

No caso concreto, a servidora acumulava dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde e a soma da carga horária semanal de ambos era superior a 60 horas. A servidora foi notificada para optar por um dos dois cargos, tendo se mantido inerte. Diante disso, foi demitida de um deles por acumulação ilícita de cargos públicos. A servidora impetrou mandado de segurança, mas o STJ reconheceu que a demissão foi legal. STJ. 1ª Seção. MS 19.336-DF, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014 (Info 548).

Por unanimidade, 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho julgou que o fato de a Constituição limitar a carga de trabalho a oito horas diárias e 44 horas semanais não pressupõe a limitação a jornada de 60 horas semanais em casos de cumulação de cargo e emprego público. O colegiado negou provimento ao agravo de instrumento do município de Maringá (PR) contra decisão que autorizou um auxiliar de enfermagem municipal a acumular dois cargos públicos, com carga horária total de 76 horas semanais.

Trabalhando desde 1999 em cargo público, o auxiliar de enfermagem foi aprovado em concurso para exercer a mesma função em outro órgão municipal pelo regime celetista em 2006, passando, assim, a acumular os dois empregos, sendo um estatutário, com 36 horas semanais, e o outro celetista, com jornada de 40 horas semanais.

Relator do agravo de instrumento, o ministro Fernando Eizo Ono manteve a decisão regional que dizia que “a limitação a 44 horas semanais se refere à limitação dirigida ao empregador de exigir labor excedente em razão de uma única relação de emprego, nada dispondo sobre jornada nas hipóteses de cumulação de cargos ou empregos públicos”.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR) manteve a sentença que validou a cumulação dos cargos, entendendo que não há amparo legal ou constitucional para limitar a carga horária total a 60 horas semanais, como pretendia o município. Destacando que o auxiliar “cumpre normalmente os horários de cada vínculo”, o TRT afirmou que o artigo 37, inciso XVI, da Constituição Federal exige apenas a compatibilidade de horários para a cumulação de dois cargos ou empregos públicos por profissionais da saúde.

Apesar de concordar que a carga horária cumprida pelo auxiliar de enfermagem é de fato grande, o relator esclareceu que o apelo municipal não conseguiu demonstrar que a decisão do TRT violou preceitos constitucionais nem apresentou divergência jurisprudencial válida que autorizasse o provimento do agravo de instrumento.

O Supremo Tribunal Federal em decisão recente se manifestou da seguinte forma:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.008.969 RIO DE JANEIRO RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S) :UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECD.(A/S) :LUCIANA CARVALHO DA COSTA

ADV.(A/S) :MARCIO NOGUEIRA DE SOUZA

ADV.(A/S) :SERGIO VENTURA PITA

DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face do acórdão do TRF-2ª Região, assim ementado (eDOC 1, p. 132):

“APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. ARTIGO 37, XVI, c, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. PROVIMENTO.

I.Trata-se de apelação cível interposta em mandado de segurança, com requerimento de liminar, objetivando que a autoridade coatora abstenha-se de reduzir a carga horária da impetrante e de promover a sua exoneração das atividades no cargo público de auxiliar de enfermagem que atualmente exerce junto ao Hospital dos Servidores do Estado.

II-O art. 37, XVI, c, da Constituição Federal, alterado pela EC nº 34/2001, permite a acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde com profissões regulamentadas, desde que haja compatibilidade de horários. III.Inaplicabilidade do Parecer nº GQ-145, de 30/03/98, porquanto a cumulação de dois cargos públicos aos profissionais de saúde é a estes assegurada pela Lei Maior. Limitar a sessenta horas a jornada semanal de trabalho a estes profissionais é implementar nova condição para cumulatividade de cargos sem amparo legal.

IV-Com efeito, na hipótese dos autos, a apelante exerce as atribuições do cargo de Técnico de enfermagem junto ao Hospital Universitário Pedro Ernesto, com carga

horária de 32,30hs semanais, com outro cargo de Auxiliar de Enfermagem junto ao Hospital dos Servidores do Estado, com carga horária contratada de 40 horas semanais, as quais restaram reduzidas para 30 horas, por força da Portaria nº 1.281/2006, de modo que referidas cargas horárias podem ser compatibilizadas mediante escala de serviço com a Administração.

V-Não se pode prejudicar a impetrante por mera presunção de que a realização de jornada de trabalho superior a sessenta horas compromete a qualidade do serviço prestado, uma vez que a Administração, ao longo dos dois primeiros anos em que o servidor se encontra investido no cargo público, faz, obrigatoriamente, avaliação especial de seu desempenho, por se tratar de condição para que este venha a adquirir estabilidade no serviço público. Assim, a assiduidade, a disciplina, a capacidade de iniciativa, a produtividade e a responsabilidade do servidor são regularmente avaliadas pela autoridade competente (art. 20 da Lei nº 8.112/90).

VI-Apelação conhecida e provida.”

No recurso extraordinário, alega-se violação dos arts. 7º, XIII; 37, XVI, “c”; e 39, § 3º, da Constituição Federal.

Nas razões recursais pertinentes à demonstração de existência de repercussão geral, sustenta-se, em síntese, que: “A questão constitucional trazida à baila pelo presente recurso, qual seja, a violação ao artigo 37, XVI, ‘c’ da Constituição Federal, é precisamente o âmago de todo o processo, havendo repercussão geral na medida que a decisão do v. Acórdão traz repercussões do ponto de visto econômico e jurídico.” (eDOC 1, p. 168)

É o relatório. Decido.

A competência recursal do Supremo Tribunal Federal, fixada nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal foi objeto de relevante alteração

constitucional. A reforma promovida pela Emenda Constitucional 45/2004 incluiu o §3º no art. 102 do texto, estabelecendo, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais debatidas no caso, *in verbis*:

“No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A remissão feita à regulamentação legal permitiu ao Poder Legislativo, por meio da Lei 11.418/2006, alterar o então vigente Código de Processo Civil para disciplinar a preliminar. Nos termos de seu art. 543-A, § 1º, a repercussão geral foi definida como a demonstração de que há em determinado processo questões que “ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. A definição legal do instituto introduz, no ordenamento positivo nacional, um conceito que, na experiência comparada, tem sido destinado para a definição funcional de precedentes:

“As decisões podem ser precedentes apenas na medida em que elas são concebidas para se firmarem sobre bases de justificação; porque essas bases de justificação, de acordo com um modelo racional e discursivo de justificação, não podem ficar confinadas a um caso particular. Elas devem ficar disponíveis para aplicação analógica em casos análogos, seja por um simples salto intuitivo de raciocínio analógico ou (de forma mais plausível) por um processo mais reflexivo que universaliza as bases de justificação e as testa em face de fatos similares em casos posteriores.” (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 543, tradução livre).

Com a mesma compreensão, Luiz Guilherme Marinoni, em pioneira obra sobre o tema, sustentou que a decisão desta Corte nos casos de repercussão geral “espraia-se para além do caso concreto, constituindo a sua ratio decidendi, motivo de vinculação tanto para o próprio Supremo Tribunal Federal (vinculação horizontal) como, potencialmente, para os demais órgãos jurisdicionais (vinculação vertical)” (MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão geral no recurso extraordinário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 79).

As alterações processuais promovidas pelo novo Código de Processo Civil mantiveram os contornos da repercussão geral já delineados pela Lei 11.418. O novo diploma legal, no entanto, ao explicitar a compreensão da definição de precedentes, fixou balizas relevantes para examinar os argumentos que permitam ultrapassar os interesses subjetivos da causa.

O art. 927 do Código de Processo Civil dispõe que serão observados os enunciados de súmulas vinculantes, as decisões desta Corte em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal.

Poder-se-ia aduzir, em interpretação literal, que a observância obrigatória das decisões desta Corte não se estende aos recursos extraordinários que fogem do regime do art. 1.036 do CPC. No entanto, a interpretação sistemática do Código exige que se leve em conta que, caso tenha a repercussão geral reconhecida, o efeito consequente é a suspensão de todos os processos pendentes e em trâmite em todo o território nacional (art. 1.035, § 5º, do diploma processual). Ademais, a contrariedade com súmula ou jurisprudência dominante implica presunção de repercussão geral (art. 1.035, § 3º, do CPC). Se a repercussão geral visa uniformizar a compreensão do direito, obrigação que atinge a todo o Poder Judiciário (art. 926 do CPC), então a estabilização, a integridade e a coerência, que têm na repercussão geral presumida importante garantia de uniformidade, devem, necessariamente, também atingir as decisões proferidas nos demais recursos extraordinários.

Por isso, é possível afirmar que, na missão institucional definida pelo constituinte e pelo legislador ao Supremo Tribunal Federal, compete-lhe, no âmbito de sua competência recursal, promover “a unidade do Direito brasileiro tanto de maneira retrospectiva quanto prospectivamente” (MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão geral no recurso extraordinário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 79).

Tal unidade impõe, como o exige o Código, a juízes e tribunais o dever de observar as decisões do Supremo Tribunal Federal. Isso porque positivou o Código de Processo Civil verdadeiro sistema obrigatório de precedentes que naturalmente decorreria da hierarquização do Judiciário e da função da Corte Suprema. Observe-se, no entanto, que essa obrigatoriedade não se traduz por vinculação obrigatória. Juízes e tribunais, ainda que decidam com base na jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, têm o dever de motivação, conforme exige o disposto no art. 489, § 1º, do CPC. Dessa forma, devem demonstrar por que o precedente invocado é aplicável ao caso concreto, ou, inversamente, por que se deve realizar uma distinção ou superação do precedente neste mesmo caso concreto. Noutras palavras, o sistema de precedentes explicitado pelo Código de Processo Civil apenas impôs relevante ônus argumentativo a juízes e tribunais quando julgam os casos que assomam a seus órgãos.

Esse ônus argumentativo impõe a este Supremo Tribunal Federal um dever de cautela a fim de permitir efetivo diálogo exigido pelo sistema de precedentes. Esse diálogo está na base do sistema de precedentes e é, precisamente, o que permite uniformizar a jurisprudência nacional. Não se pode confundir a mera decisão em sede recursal com o conceito uniformizador do precedente. Há, por isso, um elemento crítico na decisão que se torna precedente. Como afirmou Geoffrey Marshall, “a perspectiva crítica sobre um precedente sugere que o que o torna vinculante é a regra exigida de uma adequada avaliação do direito e dos fatos” (MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. London: Dartmouth, 1997, p. 503-504, tradução livre).

É precisamente essa a função cumprida pelo instituto da repercussão geral, isto é, viabilizar o adequado juízo sobre os fatos examinados no caso

concreto e a interpretação do direito dada pelas instâncias inferiores, de forma a permitir replicar, por analogia, aos casos que lhe forem análogos, a solução jurídica acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

Frise-se que, ante a inércia do Poder Judiciário, a viabilização do juízo crítico em sede de repercussão geral é promovida pelas partes. Trata-se, com efeito, de etapa do recurso que impõe às partes o dever de fundamentação específica. Na linha de diversos precedentes desta Corte a ausência dessa arguição (AI-QO 664.567, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 6.9.2007) ou sua inadequada fundamentação (ARE 858.726AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 16.03.2015; RE 762.114-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 10.08.2015) inviabiliza o conhecimento do recurso interposto perante o Supremo Tribunal Federal.

No que tange ao conteúdo de tal demonstração, deve-se reconhecer no sistema de precedentes positivado pelo Código indeclinável diretriz interpretativa, a partir da teleologia do instituto. Tal perspectiva funcionalista permite reconhecer, de antemão, que dificilmente supre a exigência de fundamentação a mera asserção sobre erro no exame das premissas fáticas ou a aplicação indevida de norma jurídica nitidamente redigida.

Tampouco devem ser admitidas como razões suficientes para o exame da repercussão geral normas que possam ser depreendidas analogamente de casos análogos já julgados pelo Tribunal, sem que em face deles seja feita a devida distinção ou superação, a permitir que o Tribunal possa examinar a conveniência de realização de audiências públicas ou de autorizar a participação de terceiros para rediscutir a tese (art. 927, § 2º, do CPC). Encontraria dificuldades, outrossim, a repercussão suscitada a partir de lei local sem que se demonstre sua transcendência, especialmente a todo o território nacional.

Em vista dos parâmetros fixados pelo art. 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil, é possível assentar, ainda, que dificilmente ostentaria repercussão geral a questão econômica que não apresente dados suficientes para estimar a relação de causalidade entre a decisão requerida e o impacto econômico ou financeiro potencialmente causado. Afigura-se

improvável, também, o conhecimento de questão social que sequer apresente titularidade difusa ou coletiva. No que tange à questão político-institucional, tem poucas chances de atender ao ônus de fundamentação a arguição de repercussão geral que deixe de demonstrar pertinência relativamente aos órgãos que integram a alta organização do Estado ou das pessoas jurídicas de direito público que compõem a Federação. Finalmente, dificilmente daria margem ao exame da repercussão geral a questão jurídica arguida que não faça o cotejamento entre a decisão recorrida e a interpretação dada por outros órgãos jurisdicionais ou que não saliente possíveis consequências advindas da adoção pelo Supremo Tribunal Federal do entendimento postulado em sede recursal nos demais órgãos integrantes do Poder Judiciário. Alternativamente, também dificilmente atenderia ao ônus de fundamentação jurídica a arguição que não condiga com uma insuficiente proteção normativa ou interpretativa de um direito fundamental.

Registre-se, por fim, que o dever de fundamentação vinculada é ônus que incumbe às partes e somente a elas. “Pode o Supremo admitir recurso extraordinário entendendo relevante e transcendente a questão debatida por fundamento constitucional diverso daquele alvitado pelo recorrente” (MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão geral no recurso extraordinário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 42). Essa faculdade, em verdade um poder-dever pelo qual a Corte cumpre sua função constitucional, depende, no entanto, para que seja adequadamente exercida, que as partes demonstrem minudentemente as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal deve criar um precedente daquele determinado caso concreto.

Não cabe, aqui, invocar o dever de colaboração para exigir da Corte a explicitação das razões pelas quais as partes em casos concretos deixaram de cumprir o ônus da fundamentação da repercussão geral. Em casos tais, o que se estaria a postular era que o próprio Relator suprisse o vício processual. Em decorrência do sistema de precedentes, recém positivado pelo Código de Processo Civil, é necessário que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua competência recursal, aja com prudência, a fim de estabilizar, de forma íntegra e coerente, a jurisprudência constitucional.

Por não ter se desvencilhado do ônus de fundamentar necessária e suficientemente a preliminar de repercussão geral suscitada, com fulcro no art. 102, § 3º, da Constituição Federal e no art. 21, § 1º, do RISTF, deixo de conhecer do recurso extraordinário.

Publique-se.

Brasília, 15 de novembro de 2016.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento dominante dos Tribunais Federais, Superiores e da jurisprudência são no sentido da coerência do limite de 60 (sessenta) horas semanais uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso interjornada, dois turnos de seis horas (um para cada cargo), e um intervalo de uma hora entre esses dois turnos (destinado à alimentação e deslocamento) fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizar os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos. Ora, é limitação que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal. Os profissionais de saúde que não ultrapassam a carga horária semanal de 60 horas apresentam compatibilidade de horários e atendem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**: a atividade administrativa: moralidade e eficiência. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 96-97.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Impetus, 2005, p. 130.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 655-656.

<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/junho/tnu-reafirma-que-limite-maximo-da-jornada-semanal-de-profissionais-da-saude-e-de-60-horas>

file:///C:/Users/BENNOV~1/AppData/Local/Temp/texto_310795502.pdf

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST**

KLEBER SOARES DE ARAÚJO

**ANÁLISE DA RELAÇÃO CONTRATUAL DOS
MOTORISTAS DA EMPRESA UBER SOB O PRISMA DOS
ELEMENTOS QUE CARACTERIZAM A RELAÇÃO DE EMPREGO
NO DIREITO DO TRABALHO.**

BRASÍLIA

2017



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST**

KLEBER SOARES DE ARAÚJO

**ANÁLISE DA RELAÇÃO CONTRATUAL DOS
MOTORISTAS DA EMPRESA UBER SOB O PRISMA DOS
ELEMENTOS QUE CARACTERIZAM A RELAÇÃO DE EMPREGO
NO DIREITO DO TRABALHO.**

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação, em forma de artigo científico, apresentado à Universidade de Brasília – UNB e ao Tribunal Superior do Trabalho – TST como requisito à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Wilson Theodoro Filho.

BRASÍLIA

2017

Resumo

Este trabalho abordou a relação jurídica existente entre os motoristas e a empresa Uber. A análise partiu do estudo dos elementos caracterizadores da relação de emprego constantes no art. 3º da CLT. Para tanto, foi necessário explicar o funcionamento da empresa Uber e as suas características, além de explicitar o modelo de negócio predominante na sua estrutura. Além disso, foi feita uma abordagem da realidade dos fatos em relação às atividades exercidas pelos motoristas, sob o prisma dos elementos que caracterizam o vínculo de emprego. O resultado demonstrou que a tese adotada pela empresa, quanto ao seu modelo de negócio e, também, quanto à relação jurídica dos seus motoristas, não coincide com o que efetivamente ocorre no mundo dos fatos. Verificou-se que a Uber é uma das maiores empresas de transporte individual de passageiros do mundo. E também, que a relação entre a empresa e os seus motoristas é a de vínculo de emprego.

Palavras-Chaves: Uber; economia compartilhada; disrupção; relação de emprego.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
UBER.....	5
ECONOMIA COMPARTILHADA	10
RELAÇÃO DE EMPREGO	15
CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS	29

INTRODUÇÃO

Diante do cenário contemporâneo das relações de trabalho, é de suma importância atentar-se para as novas modalidades laborais que surgem do avanço tecnológico. As relações jurídicas advindas dessa inovação merecem atenção especial dos operadores do direito e, em particular, do Direito do Trabalho, que tem papel fundamental na solução de possíveis lides.

O ordenamento jurídico brasileiro nada mais é do que um conjunto de normas jurídicas, divididas por matérias, dentre as quais se encontra o ramo do Direito do Trabalho. Essa especialidade do Direito estuda, além de outros institutos jurídicos, as relações de trabalho e os seus efeitos perante a sociedade.

Em sua essência, o Direito do Trabalho apresentará de forma bastante abrangente questões relevantes e respostas acerca do tema proposto. Para isso, reuniu-se neste trabalho dados e informações com o propósito de responder ao seguinte questionamento: é possível compreender que tipo de relação jurídica há entre a empresa Uber e os seus motoristas, partindo-se do estudo dos elementos caracterizadores da relação de emprego do Direito do Trabalho?

Para responder a essa pergunta, discorreremos acerca da empresa Uber, do seu funcionamento. Como ela opera de fato no mercado. De que forma ela se sustenta economicamente. Abordaremos o modelo de negócio adotado pela Uber, e, por fim, detalharemos as atividades exercidas pelos motoristas, com base nos elementos da relação empregatícia (pessoa física, personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação) e, conseqüentemente, a relação existente entre motoristas e Uber.

Apesar das várias controvérsias envolvendo novos mecanismos de utilização de mão de obra decorrentes da inovação tecnológica, é possível regulamentar as relações de trabalho desse novo modelo de exploração laboral, tendo em vista que as normas de Direito do Trabalho existentes respondem de forma satisfatória a essa nova forma de exploração da força de trabalho.

UBER

Segundo o que a própria empresa descreve, a sua criação se deu em 2009 em São Francisco, Califórnia, por Garret Camp e Travis Kalanick, após uma experiência que eles tiveram em uma viagem para a Europa. Eles estavam em Paris participando de um evento de tecnologia e empreendedorismo e passaram pela dificuldade de encontrar um táxi. Então, diante da necessidade, surgiu a ideia: por que não criar um serviço de motorista particular utilizando o celular?

Voltaram para os Estados Unidos e fundaram a empresa que se chamava UberCab: um aplicativo para *smartphone* em que era possível solicitar um carro informando a localização do passageiro através do GPS. Inicialmente a proposta era oferecer um serviço semelhante a um táxi de luxo com carros executivos (MELO, 2015). Em 2011, a empresa iniciou sua expansão no território norte-americano e em 2012, internacionalmente.

A empresa chegou ao Brasil no primeiro semestre de 2014, antes da copa do mundo. Iniciou suas operações na cidade do Rio de Janeiro, e logo depois passou a atender às cidades de São Paulo, Belo Horizonte e Brasília. Hoje atua em mais de 43 cidades do Brasil e em mais de 530 cidades espalhadas pelo mundo (UBER, 2017).

A Uber auto define-se como uma plataforma tecnológica criada para *smartphones* que permite estabelecer uma conexão entre motoristas profissionais (dispostos a compartilhar o uso de veículos subutilizados) a usuários interessados em contratá-los, orientando-se pelos princípios da economia colaborativa:

Para utilização dos serviços da Uber, o usuário instala o aplicativo em seu *smartphone* e realiza um cadastro, fornecendo: nome, telefone celular, e-mail, idiomas e informações de um cartão de crédito. Ao abrir o aplicativo, o usuário pode visualizar um mapa do local onde pode ajustar sua localização. Por meio do GPS, o aplicativo Uber associa o passageiro solicitante a motoristas mais próximos e estima o tempo de espera. O preço estimado para a viagem pode ser visualizado antes de confirmar o pedido de transporte. Após confirmar a localização exata, o aplicativo contata o outro lado da plataforma, os motoristas. Uma vez aceita a viagem, o passageiro recebe as informações sobre o motorista e seu

automóvel, podendo acompanhar o deslocamento do carro no mapa do aplicativo. Na chegada do carro, o usuário é avisado por mensagem de texto. (AZEVEDO, PONGELUPPE, MORGUILIS, & ITO, 2015, p. 3).

A empresa não possui frota de veículos e sustenta que não há motoristas contratados. Ela os define como empreendedores individuais que utilizam a plataforma em sistema de economia compartilhada. Para se tornar um “motorista parceiro”, o condutor deve atender várias exigências, como:

- ter idade mínima de vinte e um anos;
- possuir carteira nacional de habilitação definitiva com a observação: Exerce Atividade Remunerada;
- apresentar atestado de antecedentes criminais. (O Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento, no julgamento do Incidente de Recursos de Revista Repetitivos sobre o tema “certidão negativa de antecedentes criminais”, no sentido de que a exigência de certidão de antecedentes criminais, por parte dos empregadores, caracteriza dano moral, independentemente de o candidato à vaga de emprego ser ou não admitido, salvo em algumas situações)¹;

¹ Informativo do TST nº 156. SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. Incidente de Recursos de Revista Repetitivos. “Tema nº 0001 - Dano moral. Exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais”. A SBDI-I, por maioria, definiu as seguintes teses jurídicas para o Tema Repetitivo nº 0001 - DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS: I. Não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão de lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido; II. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas; III. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente uma das justificativas de que trata o item II, supra, caracteriza dano moral in re ipsa, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido. Vencidos, parcialmente, no item I, os Ministros

- ter um veículo de acordo com os modelos preestabelecidos;
- fornecer o documento de Certificado de Licenciamento e Registro do Veículo;
- contratar um seguro de acidentes pessoais de passageiros;
- ter acesso a um iPhone 4S ou mais recente, ou um dispositivo Android rodando a versão 5.0 ou mais recente;
- ter o cadastro aprovado pela Uber.

Os automóveis também são credenciados pela Uber, devendo atender a vários requisitos alusivos à segurança, luxo e conforto. Dentre os serviços oferecidos pelo aplicativo, os mais conhecidos são o UberBLACK e o UberX. Esses serviços se diferenciam pelo padrão dos veículos que são oferecidos. A empresa define o UberBLACK como serviço luxuoso de alto nível (UBER, 2017). Os veículos exigidos nessa categoria devem ser do tipo sedan ou SUV, na cor preta, quatro portas, ar condicionado, cinco lugares e bancos de couro. O *site* do aplicativo disponibiliza uma relação das marcas, modelos e ano dos veículos que podem fazer parte dessa categoria. O UberX é composto por carros populares, que devem atender às seguintes exigências: o modelo do veículo deve ser do ano de 2008 ou superior, quatro portas, ar condicionado e cinco lugares.

A fixação dos valores das corridas é totalmente controlada pela empresa. Os motoristas não dispõem de qualquer oportunidade de negociar os preços com os passageiros.

O valor das corridas é calculado através do próprio aplicativo, que gera uma estimativa de preço, antes mesmo de o cliente fazer a solicitação, com base em fatores como a distância a ser percorrida e o tempo de viagem, tendo

João Oreste Dalazen, Emmanoel Pereira e Guilherme Augusto Caputo Bastos; e, no item II, os Ministros Augusto César Leite de Carvalho, relator, Aloysio Corrêa da Veiga, Walmir Oliveira da Costa e Cláudio Mascarenhas Brandão. Quanto ao item III, restaram vencidos, parcialmente, os Ministros João Oreste Dalazen, Emmanoel Pereira e Guilherme Augusto Bastos e, totalmente, os Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, Renato de Lacerda Paiva e Ives Gandra Martins Filho. TST-IRR-243000- 58.2013.5.13.0023, SBDI-1, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 20.4.2017.

em vista as informações repassadas previamente por cada cliente, atinentes a sua localização e destino (SARMENTO, 2015, p. 2). Tem-se também o preço dinâmico, que pode se elevado ou reduzido pelo aplicativo, a qualquer momento. Para isso acontecer, basta que a demanda de passageiros esteja alta. De acordo com a Uber, se a demanda de passageiros estiver alta, o preço dinâmico aumentará os valores de modo gradual. Para os passageiros, o preço dinâmico ajuda a garantir a disponibilidade rápida de um veículo. Para os motoristas, o preço dinâmico aumenta os valores das viagens para fornecer um ganho adicional. Este multiplicador de preço dinâmico se aplica à base, ao tempo e à distância do preço de viagem (PEREIRA, 2016).

Maria Cecília Máximo Teodoro faz duras críticas quanto ao modelo do preço dinâmico adotado pela Uber. Para ela, o preço dinâmico é:

uma ferramenta de controle da demanda, pelo qual a Uber manipula, livremente, sem nenhuma interferência estatal, a lei da oferta e da procura, exercendo um controle sem freios sobre o mercado de transporte de passageiros, podendo incorrer, inclusive, na prática de Dumping, [...]. Ademais, o preço dinâmico afronta os direitos dos consumidores, os passageiros, e, principalmente demonstra que a suposta autonomia dos motoristas da Uber não se concretiza na realidade operacional da empresa, sequer quanto ao que mais lhe importa – o retorno financeiro. (TEDODORO, D'AFONSECA & ANTONIETA, 2017).

Os pagamentos são realizados por meio do cartão de crédito, previamente cadastrado no aplicativo, ou por meio de dinheiro.

O motorista fica 80% (oitenta por cento) do valor cobrado por viagem e a empresa com 20% (vinte por cento), na categoria UberBLACK. Na UberX, o motorista fica com 75% (setenta e cinco por cento) e a empresa com 25% (vinte e cinco por cento).

Todos os custos da prestação do serviço ficam a cargo dos motoristas, como combustível, manutenção do veículo, seguros, impostos e taxas de licenciamentos, além das regalias servidas aos passageiros, como água e balas.

A permanência dos motoristas na plataforma depende das avaliações anônimas que estes recebem dos usuários após o término de cada viagem, por meio de um sistema de pontuação, que varia de zero a cinco estrelas. Caso o motorista tenha uma média de avaliação menor que 4,6 estrelas, pode ser

descredenciado pela Uber. De acordo com a empresa, esse é um dos mecanismos utilizados para controlar a qualidade dos serviços.

Em sua página oficial, a Uber oferece aos seus motoristas o Guia do Parceiro 5 Estrelas, que contém diversas instruções. Dentre elas, estão:

- ✓ não se atrasar quando aceitar uma solicitação;
- ✓ fazer a rota mais eficiente, utilizando aplicativos especializados ou a sugestão do cliente;
- ✓ manter o carro limpo, sem odores e vestir-se profissionalmente;
- ✓ manter o carro sempre com as revisões e o seguro em dia;
- ✓ dirigir de maneira segura e prudente;
- ✓ fornecer pequenas regalias como carregador de celular, garrafas d'água, guloseimas;
- ✓ abrir a porta do veículo para o passageiro;
- ✓ ajudá-lo com a sua bagagem;
- ✓ manter conversas educadas, profissionais e respeitosas com os passageiros;
- ✓ não discutir com o passageiro e ser simpático.

A Uber qualifica seus parceiros como trabalhadores autônomos, livres para exercer suas atividades da forma que melhor lhe convir. Isso fica claro na propaganda do seu *site* “A Uber precisa de parceiros como você. Dirija com a Uber e ganhe dinheiro como autônomo. [...]. Seja seu próprio chefe e seja pago dirigindo em seu próprio horário.” (UBER, 2017). De acordo com Paulo Furquim de Azevedo, Leandro Simões Pongeluppe, Maria Clara de A. Morgulis e Nobuiuki Costa Ito (2015), “Os motoristas parceiros são autônomos [...] – não estão sujeitos a ordens, possuem liberdade para definir quando e por quanto tempo trabalhar, e deles não se exige exclusividade.”

Por outro lado, o Procurador do Trabalho Rodrigo de Lacerda Carelli afirma que os motoristas parceiros são, na verdade, empregados da Uber:

O Uber é, na prática, a forma mais completa do novo modelo de exploração de trabalhadores, no qual o controle se dá por programação, *inputs* e *outputs*. O Uber, empresa, controla o tipo de carro, a forma de conduzir, modo de se portar, uniforme e a tarifa a ser cobrada. Tem total controle dos trabalhadores por meio do sistema de “cenouras e porrete”, ou seja, por meio de prêmios e castigos. Controla o quantitativo de mão de obra disponível, por meio de premiações para o trabalho em momentos de pouca oferta. A faceta do porrete

também se apresenta: os trabalhadores não podem negar corridas e são desligados do sistema se não obtiverem certa nota pelos clientes do Uber. (CARELLI, 2016).

A Uber constantemente muda a nomenclatura quando se refere aos seus motoristas, ora chamando-os de “parceiros”, ora de “clientes” e outras vezes de “contratantes”. Independentemente do nome adotado pela empresa, o fato é que a principal responsável pelo faturamento bilionário da Uber é a força de trabalho despendida por seus motoristas.

A empresa fatura sobre o percentual pago de cada corrida, ou seja, são os passageiros que pagam pelo serviço de transporte, são os usuários quem são realmente os clientes ou contratantes da Uber, não os seus motoristas, como ela afirma.

Apesar de a Uber não ser a única empresa que ofereça esse tipo de serviço no Brasil, conectar motoristas e passageiros por meio de um aplicativo, este trabalho limitar-se-á ao estudo dessa empresa, devido ao grande destaque que é dado a ela na mídia e ao seu porte, que em 2016 chegou a ser avaliada em mais de 60 bilhões de dólares (EXAME, 2016).

ECONOMIA COMPARTILHADA

Segundo Dias (2016), a Economia Compartilhada é um novo conceito de economia/consumo, que surgiu nos últimos anos, principalmente em países desenvolvidos, baseado no compartilhamento dos bens de consumo e na produção compartilhada. Como bem nos assegura Novais (2015), a Economia Compartilhada é a mudança nos hábitos dos consumidores, que dividem, compartilham o uso (ou a compra) de bens e serviços, criando uma nova categoria de consumo, o colaborativo.

Para Botsman e Rogers (2011, p. XIV), a Economia Compartilhada aproveita a ociosidade dos bens de consumo e redireciona-os para outro lugar, interconectando o possuidor do bem com potenciais consumidores. Para esses autores, esse tipo de economia permite que:

[...] as pessoas, além de perceberem os benefícios enormes do acesso a produtos e serviços em detrimento da propriedade, economizem dinheiro, espaço e tempo, façam novos amigos e se tornem cidadãos ativos novamente. Redes sociais, redes inteligentes e tecnologias em tempo real também estão conseguindo superar modos ultrapassados de hiperconsumo, criando sistemas inovadores baseado no uso compartilhado, como acontece com carros e bicicletas. (BOTSMAN e ROGERS, 2011, p. XIV).

Infere-se dessa citação que essa nova forma de mercado está ligada a uma nova matriz da relação de consumo na economia. Evidencia-se que esse novo mercado pode ser utilizado para compartilhar ou redistribuir produtos ou serviços de uma empresa ou de um indivíduo.

A economia compartilhada ou colaborativa funciona da seguinte forma: compartilham-se bens ociosos, partilhando o uso da propriedade com pessoas que não querem deter a coisa, querem apenas usufruir da sua utilidade por um determinado período de tempo. As pessoas querem pagar pelo benefício do produto ou serviço e o que eles podem oferecer para elas, sem ter que possuir o produto/serviço definitivamente.

Botsman e Rogers demonstram que a economia colaborativa está muito ligada à mudança de comportamento:

Consumo colaborativo não tem nada a ver com compartilhamento forçado e educado. Pelo contrário, ele coloca em vigor um sistema em que as pessoas dividem recursos sem perder liberdades pessoais apreciadas e sem sacrificar seu estilo de vida. (BOTSMAN e ROGERS, 2011, p. XIX).

A Economia Compartilhada possibilita a criação de redes locais ou mundiais de novos consumidores que compactuam os mesmos interesses. Pessoas preocupadas em dividir a propriedade dos seus bens, em um novo ciclo de consumo consciente. Esse tipo de relação, com pessoas desconhecidas, que é ao mesmo tempo comercial e pessoal, é a base da economia colaborativa.

Logo, é importante compreender que esse tipo de economia é fruto dos avanços e mudanças culturais que a sociedade contemporânea está vivendo. A humanidade está envelhecendo em um mundo cada vez mais colaborativo, e esse fenômeno de comportamento está se transformando em um novo modelo

econômico, que em dado momento o indivíduo é o fornecedor e em outro já é o consumidor.

Assim, a Economia Compartilhada destaca-se no cenário atual como um novo marco da relação de consumo na economia mundial, em que o consumismo exacerbado difundido durante o Século XX e início do XXI cede lugar ao compartilhamento de bens e serviços. Esse novo modelo torna-se disruptivo em relação ao modelo tradicional de comercialização.

A palavra *disrupção* surge na economia para expressar as inovações que rompem com o processo tradicional de produção e reprodução de bens e serviços. A economia disruptiva altera o modelo econômico previamente existente, quebrando seu curso estático.

Esse modelo econômico ocorre quando uma descoberta ou uma nova estratégia de mercado abre novos cenários para o futuro desenvolvimento de um produto ou a melhoria de um produto já existente (MENDONÇA, 2009).

A economia disruptiva geralmente é propiciada pelos avanços tecnológicos, mas nem toda inovação tecnológica é disruptiva, assim como nem toda *disrupção* provem necessariamente da tecnologia.

Gustavo Gauthier (2016, p. 12), conforme citado por Maria Cecília Máximo Teodoro, Thaís Cláudia D'Afonseca e Maria Antonieta Fernandes (2017), aponta que as inovações disruptivas são concebidas a partir do atendimento de três condições: a) identificação de uma necessidade do consumidor que não estava sendo satisfeita até o momento por nenhum produto ou serviço ou a solução de um problema que até o momento não tinha saída; b) a concepção de um novo modelo sustentável que permita lucros e financiamentos; e c) a criação de uma solução ou de novos negócios que não existiam antes e que crie vantagem competitiva sustentável ao longo do tempo.

Resumidamente, pode-se afirmar que toda inovação disruptiva, por definição, abala as estruturas sociais e econômicas previamente existentes.

Assim, a empresa Uber, ao fomentar o rápido desenvolvimento do seu modelo de negócios por todas as cidades atendidas por seus serviços, começou a alterar o *status quo* do mercado de transporte individual de passageiros, impactando a modalidade preexistente desse tipo de transporte, que era feita exclusivamente por meio de táxis licenciados pelo poder público. Os taxistas, que detinham o monopólio da prestação desse serviço (transporte

individual de passageiros), passaram a enfrentar a concorrência de um novo modelo de negócio, que tem regras bastante distintas do modelo adotado pelos taxistas.

Para Márcio Toledo Gonçalves, Juiz do Trabalho Titular da 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, as tecnologias com potencial disruptivo abrem um campo extraordinário de acumulação de capital ao provocarem o naufrágio dos concorrentes que, a partir do estabelecimento de um novo padrão tecnológico, provocam a obsolescência dos demais concorrentes. Ele complementa, citando o economista austríaco Joseph Schumpeter, afirmando que o modelo disruptivo alinha-se ao conceito de destruição criativa.

O termo destruição criativa foi cunhado pelo escritor Joseph Schumpeter. Para esse autor, a destruição criativa era a essência do sistema econômico, ou como ele descreveu, fato essencial do capitalismo (BLANCO, 2015).

A destruição criativa explica os efeitos que as inovações produzem no mercado. Quando algo novo chega para substituir o que antes era dominante, começa todo um novo ciclo, que vai se renovar novamente no futuro, quando essa novidade se tornar obsoleta, e o seu monopólio for quebrado. Para Schumpeter, a economia capitalista anda em ciclos e quando uma crise aparece, são as inovações e as mudanças de paradigmas que conduzem a um novo ciclo de prosperidade:

[...] a expressão destruição criativa demonstra o constante processo de criação, que leva o empresário à ascensão em razão da descoberta de uma nova tecnologia ou da combinação inovadora dos meios de produção, em seguida os lucros com a inovação se estabilizam para sofrer uma queda, quando a tecnologia que já se tornou tradicional e foi copiada é destruída por uma nova invenção ou combinação. (TEODORO, D'AFONSECA & ANTONIETA, 2017).

Na destruição criativa, a inovação é continuada e faz parte do ciclo dinâmico da economia, que gera desenvolvimento quando realiza novas combinações dos meios de produção, atendendo as seguintes condições: que as combinações sejam conduzidas por empresas novas que, geralmente, não surgem das que já estão no mercado e que as novas combinações valem-se de meios de produção das combinações antigas e não de meios de produção que se encontravam ociosos na economia (OLIVEIRA, 2014, p. 108).

A empresa Uber é uma *start up*² que não surge das tradicionais empresas de transporte público ou privado, nem das cooperativas de táxi, mas se põe como a principal concorrente dessas.

A Uber faz do transporte individual de passageiro algo diferente ao revolucionar a forma de prestação desse tipo de serviço. Ela alia o tradicional transporte urbano às novas tecnologias, suprimindo a demanda reprimida da população, que deseja se deslocar com agilidade, de maneira fácil, rápida, descomplicada, mais barato e mais seguro, sem utilizar o serviço de transporte público ou os serviços de táxi, apenas com alguns toques na tela do *smartphone*.

A professora Maria Cecília Máximo Teodoro afirma que a Uber é o mais puro e transparente exemplo da destruição criativa, concebida como mola mestra do sistema produtivo capitalista contemporâneo (TEODORO, D'AFONSECA & ANTONIETA, 2017).

A Uber se reveste do conceito de economia compartilhada para fugir da regulamentação estatal, das leis trabalhistas e dos riscos inerentes da atividade econômica.

A economia compartilhada parte da ideia do consumo consciente e colaborativo, intermediado por um terceiro. Na maioria das vezes, a tecnologia vem para viabilizar o intercâmbio entre as pessoas, aquelas que detêm o bem ou o serviço e aquelas que querem usufruir diretamente desse bem ou serviço. Esse tipo de economia também é conhecido como economia *peer to peer* (de pessoa para pessoa).

Para compreendermos melhor a diferença entre a economia *peer to peer* e a economia *peer to business* (de pessoa com o negócio) aplicada pela empresa Uber, cabe aqui transcrever os esclarecimentos apresentados pela Prof.^a Maria Cecília Máximo Teodoro:

² André Telles, autor da obra “O empreendedor viável: uma mentoria para empresas na época da cultura *start up*”, define ***start up*** como um empreendimento resultante de um modelo de negócios inovador, escalável e flexível o suficiente para sofrer alterações durante o processo de desenvolvimento, lançamento e maturação do negócio, com grande investimento de capital humano e intelectual, equilibrando custos e resultados financeiros de modo a permitir o sucesso dos empreendedores. (TELLES, André; MATOS, Carlos. O empreendedor viável: uma mentoria para empresas na época da cultura *start up*. Rio de Janeiro: LeYa, 2013).

[...] para que este tipo de negócio seja considerado compartilhado ou colaborativo, este intermediário não pode lucrar sobre o trabalho alheio, podendo sim lucrar com a venda do aplicativo, com a disponibilização do espaço na nuvem, com o número de acessos à sua plataforma, com a venda de espaço para publicidade [...]. A partir do momento em que intermediação existe pura e simplesmente para lucrar através do trabalho de quem presta o serviço, tal característica torna-se inconciliável com a ideia de compartilhamento ou de colaboração ou de negócio de pessoa para pessoa, tornando-se um modelo de *peer to business* – de pessoa com o negócio [...]. (TEODORO, D'AFONSECA & ANTONIETA, 2017).

A Uber foge do escopo do sistema de economia compartilhada. Ela se vale do seu aplicativo para conectar quem quer o serviço de transporte individual de passageiro a quem quer oferecê-lo. A Uber não faz o simples papel de intermediadora, a fim de propiciar o consumo consciente que é pregado pela economia colaborativa. Ela extrai o seu lucro explorando o serviço do seu prestador, cobrando a percentagem do motorista por cada viagem que ele realiza. Como exposto na citação, o modelo de negócio adotada pela empresa Uber é o *peer to business*, sistema esse que é inconciliável com a ideia colaborativa em que ela se auto declara fazer parte.

Pelo que foi exposto, pode-se inferir que o modelo de negócio adotado pela empresa Uber se aproxima mais do sistema disruptivo, da destruição criativa, do que da economia compartilhada.

RELAÇÃO DE EMPREGO

A figura jurídica da relação de emprego destaca-se pela cumulação de alguns elementos, que estão expressos no art. 3º da CLT: pessoa física, personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Para o Prof. Mauricio Godinho Delgado, a relação de emprego caracteriza-se pela prestação de trabalho de uma pessoa física a outrem, distinguindo dos demais tipos de relações jurídicas que, em princípio, não encontram amparo na legislação justrabalhista. Para esse autor:

A caracterização da relação empregatícia é, portanto, procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida em

que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que este abrange, essencialmente, as lides principais e conexas em torno da relação de emprego [...]. (DELGADO, 2014, p. 289).

Partindo dessa citação, pode-se inferir que a relação de emprego é aplicada nas relações jurídicas entre o trabalhador e o tomador de serviço, tendo como ramo balizador o Direito do Trabalho.

É importante frisar que relação de emprego não se confunde com relação de trabalho. Esse último é o gênero que entre as suas várias espécies encontra-se a relação de emprego. Ou seja, o emprego será sempre uma forma de trabalho, mas nem todo trabalho será considerado emprego.

Partindo dessa premissa, utiliza-se o vínculo empregatício da relação de emprego para diferenciar o tratamento normativo que lhe é atribuído em relação às demais relações jurídicas existentes no mundo do trabalho, como, por exemplo, o trabalho autônomo, o trabalho eventual, o estágio, o trabalho avulso, o voluntário e outras modalidades. O Direito do Trabalho adota um tratamento diferenciado com relação aos atores, empregado/empregador, que participam de uma relação de emprego.

Pelas ideias abordadas até aqui, resume-se a relação jurídica empregatícia como resultado de um negócio jurídico que em um dos lados está a figura do empregado, pessoa natural, que presta serviço de forma pessoal, subordinada e não eventual a um empregador, que compõem o outro lado da relação, que pode ser uma pessoa física ou jurídica, ou ainda um ente despersonalizado, que contrata um empregado assumindo os riscos da atividade econômica. Como contraprestação da utilização da sua mão de obra, o empregado recebe uma remuneração.

Ainda, para o autor Mauricio Godinho Delgado:

O que distingue a relação de emprego, o contrato de emprego, o empregado, de outras figuras sociojurídicas próximas, repita-se, é o modo de concretização dessa obrigação de fazer. A prestação laborativa há de se realizar, pela pessoa física, pessoalmente, subordinadamente, com não eventualidade e sob o intuito oneroso. Excetuado, portanto, o elemento fático-jurídico pessoa física, todos os demais pressupostos referem-se ao processo (*modus operandi*) de realização da prestação laborativa. (DELGADO, 2014, p. 367).

Nesse sentido, o instituto da relação de emprego permite diferenciar o negócio jurídico existente entre aquele que presta o serviço e o tomador do serviço, de modo que, também, possibilita compreender o tipo de relação de trabalho presente. Logo, é importante compreender que as relações de emprego e, de certa forma, as laborais, em razão de estar alicerçada na realidade, estão umbilicalmente ligadas às modificações econômicas, políticas e sociais implementadas na sociedade. Além do mais, é bastante claro que as revoluções tecnológicas causam grande impacto e fortes mudanças no desenvolvimento concreto, real, das relações entre empregado e empregador.

Diante disso, demonstra-se que a relação de emprego como negócio jurídico visa dar uma maior proteção ao trabalhador, garantindo-lhe, por meio dos princípios protetores da legislação trabalhista, direitos constitucionalmente assegurados que foram conquistados ao longo da história.

Para que se configure uma relação de emprego, o negócio jurídico deve observar alguns elementos essenciais. Esses elementos estão caracterizados no art. 3º da CLT, em conjunto com o art. 2º.

Esses requisitos próprios, segundo Garcia (2010), são "a prestação de serviços por pessoa física, com pessoalidade, de forma não eventual, subordinada e com onerosidade".

Mauricio Godinho Delgado também nos ensina que:

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade. (DELGADO, 2014, p. 291).

Tendo como base esses requisitos, analisa-se se a relação contratual entre os motoristas e a empresa Uber, considerando as atividades concretas realizadas pelos motoristas, enquadra-se numa relação de emprego.

O primeiro elemento a ser averiguado é a prestação do serviço por pessoa física.

A própria palavra trabalho, segundo o Professor Mauricio Godinho Delgado, já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, de modo que o vocábulo "serviços" abrange obrigação de fazer, que pode ser

realizada tanto por pessoa física quanto jurídica. Levando isso em consideração, a pactuação e a concretização de serviços por pessoa jurídica afasta a relação jurídica que se estabelece na relação de emprego.

Por isso, apenas o empregador é que pode ser pessoa física ou jurídica, ao contrário do empregado, que sempre será uma pessoa física.

Atualmente, a Uber admite os motoristas diretamente, sem a intermediação ou a necessidade de um CNPJ. A empresa utiliza os motoristas, pessoas físicas que ficam à disposição para realizar a condução de passageiros, para a efetivação de sua atividade-fim.

Assim, a Uber explora diretamente a mão de obra dos motoristas para a consecução do seu negócio, o transporte individual de passageiros.

Ao se examinar a pessoalidade, Mauricio Godinho Delgado (2014) afirma que "o fato de ser o trabalho prestado por pessoa física não significa, necessariamente, ser ele prestado com pessoalidade".

O empregador, ao contratar um empregado, leva em consideração todas as suas qualidades e aptidões pessoais. Por essa razão, o empregador espera ver executando o serviço o empregado que ele contratou, e não outra pessoa designada pelo empregado. Luciano Martinez nos esclarece a pessoalidade de forma muito objetiva:

No conceito de "pessoalidade" existe, portanto, a ideia de intransferibilidade, ou seja, de que somente uma específica pessoa física, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço ajustado. Assim, toda vez que se verificar que, contratualmente, um trabalhador pode ser substituído por outro no exercício de suas atividades, não estará ali presente um contrato de emprego, mas sim ajuste contratual diverso. (MARTINEZ, 2012, p. 62).

No caso da Uber, a empresa possui um sistema de cadastro que efetiva aqueles que trabalharão como motoristas. Ao ser selecionado pela empresa, o trabalhador obtém acesso individualizado ao aplicativo Uber na versão motorista. Esse cadastro limita a prestação do serviço (transporte individual de passageiros) pelo carro e motorista previamente identificados, caracterizando, assim, a impossibilidade de substituição da mão de obra sem o consentimento da empresa. É o que dispõe o próprio sítio da empresa:

Os termos e condições da Uber não permitem o compartilhamento das contas dos motoristas parceiros. O uso da sua conta por outro motorista se constitui como um sério

problema de segurança. Se soubermos que um motorista não corresponde ao perfil do motorista parceiro exibido pelo aplicativo do passageiro, a conta será suspensa imediatamente e ficará pendente para investigação. (Disponível em: <<https://help.uber.com/h/1d93388d-cf19-408f-9c41-743dbdd34d44>>. Acesso em 19 de julho de 2017).

Verifica-se que há seleção e controle dos motoristas que trabalham para a empresa, que não podem se fazer substituir no exercício da sua função. Assim explicou Guilherme Telles, executivo da Uber no Brasil, numa entrevista para o Blog da PSafe:

Os motoristas parceiros passam por um processo rigoroso de checagem de documentos e de antecedentes criminais. Desenvolvemos um método em duas etapas que inclui checagem de antecedentes criminais nos níveis estadual e federal. Nosso protocolo de segurança inclui também checagens contínuas das informações e condições dos veículos. (...). Além disso, passageiros e motoristas parceiros avaliam uns aos outros e podem comentar sobre sua experiência com o serviço no final de cada viagem. Revisamos regularmente esse feedback e, por meio deste processo, somos capazes de criar e manter um ambiente seguro para ambos. Somente motoristas que mantêm notas altas permanecem na plataforma. (Disponível em: <<http://www.psafe.com/blog/entrevista-guilherme-telles-executivo-uber-no-brasil/>>. Acesso em 19 de julho de 2017).

Esse sistema de controle e avaliação dos motoristas demonstra a personalidade na estrutura operacional da Uber, tornando-se um método de controle dos seus trabalhadores, controle esse que só é possível quando há a personalidade na prestação do serviço, como é o caso dos motoristas da Uber.

Quanto ao elemento da não eventualidade ou habitualidade, seguindo a mesma diretriz exposta pelo Professor Mauricio Godinho Delgado, que sistematiza, no seu livro Curso de Direito do Trabalho, os principais conceitos e teorias sobre o instituto da não eventualidade da seguinte forma: teoria de evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços.

Com relação às teorias apresentadas, pondera o referido autor:

A doutrina, por sua vez, construiu distintas teorizações com o fim de precisar com maior clareza o exato sentido do elemento fático-jurídico da não eventualidade. Essa riqueza de formulações não impede, entretanto, o relativo impasse produzido pela escolha isolada de qualquer dessas teorizações elaboradas: e que cada uma das teorias sobre a noção de

eventualidade pode produzir resultados concretos distintos em face de situações empíricas examinadas pelo operador jurídico. A conduta mais sensata, nesse contexto, é valer-se o operador jurídico de uma aferição convergente e combinada das distintas teorias em cotejo com o caso concreto estudado, definindo-se a ocorrência ou não da eventualidade pela conjugação predominante de enfoques propiciados pelas distintas teorias. (DELGADO, 2014, p. 287).

De acordo com a teoria do evento, considera-se eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. Seu trabalho para o tomador terá a duração do evento esporádico ocorrido (DELGADO, 2014). Mozart Victor Russomano (1990, p. 12), conforme citado por Delgado (2014, p. 289), diz que os fatos revelarão se a tarefa do trabalhador na empresa é eventual ou permanente.

A teoria dos fins do empreendimento informa que a eventualidade ocorre quando o trabalhador é chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa — tarefas que, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração (DELGADO, 2014). A aferição da não eventualidade dos serviços prestados há de ser feita tendo em vista os fins normais da empresa.

E por último, a teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços. Essa teoria afirma que será eventual o trabalhador que não se fixar a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa numa fonte de trabalho. Eventual não é fixo. Empregado é fixo.

Bom, depois de passar pelas teorias da não eventualidade, vamos analisá-las sob o enfoque deste trabalho. A habitualidade entre os motoristas e a Uber é um dos pontos bem questionáveis para a configuração da relação de emprego, pois a empresa não estabelece horários fixos de trabalho, nem muito menos define quais dias da semana deve ser prestado o serviço.

Antes de entrar na análise propriamente dita, se faz necessário desmistificar alguns pontos enfatizados pela Uber quanto ao caráter autônomo, assim taxado pela empresa, empregado aos seus motoristas.

Primeiro mito que deve ser desconstruído é o de que a habitualidade não se caracteriza pela configuração de horários fixos e/ou predeterminados de trabalho. Segundo, para a sua caracterização, não há a necessidade do labor

diário para o empregador. Se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade.

Feitas essas ponderações, analisaremos o *modus operandi* da Uber utilizando-se a teoria da eventualidade, combinada com a teoria dos fins do empreendimento.

Cabe aqui transcrever um trecho do artigo do jurista Márcio Toledo Gonçalves, publicado na Revista LTr em março de 2017, em que ele esclarece a não eventualidade sob o enfoque da teoria da eventualidade:

[...]. Os motoristas cadastrados no aplicativo atendem à demanda intermitente pelos serviços de transportes. Não há que se falar em labor decorrente de fato esporádico ou fortuito na medida em que o transporte é, na realidade dos fatos, o seu objetivo social. Outro ponto significativo resultante do conjunto probatório fornece elementos que apontam para a existência de exigência, ainda que muitas vezes veladas, de que os motoristas fiquem em atividade de forma sistêmica. O depoimento de S. A. de A., ex-coordenador de operações da Uber é nesse sentido: "(...) se o motorista ficar mais de um mês sem pegar qualquer viagem, o motorista seria inativo; que seria fácil voltar a ficar ativo, se fosse à empresa e manifestasse interesse; que eram enviados e-mails, como o caso dos sticks acima citados, para que o motorista "ficasse com medo" e voltasse a se ativar na plataforma; que como gestor tinha por meta incentivar os motoristas a estarem ativos." (...). Nesta mesma toada é o depoimento de C.S.F.: "que recebeu um e-mail que não se lembra a data dizendo que se não fizesse pelo menos uma viagem no prazo de uma semana, seria excluído da plataforma, mas não houve a exclusão." (GONÇALVES, 2017).

Infere-se dessa citação que a habitualidade é uma exigência da Uber imposta aos seus motoristas, que se utiliza de ameaças para manter o maior número possível de motoristas ativos na sua plataforma.

Sob o ponto de vista da teoria dos fins do empreendimento, fica ainda mais evidente a habitualidade dos seus motoristas. Já discutimos anteriormente qual é o fim social da empresa: se ela é apenas uma plataforma tecnológica que faz a interligação entre usuários e motoristas ou se é uma das mais modernas empresas de transportes de passageiros do mundo. Já sabemos a resposta.

Levando em consideração não ser eventual o trabalhador chamado a desenvolver suas obrigações para os fins normais da empresa, tem-se que é

indiscutível a estreita correspondência entre as atividades dos motoristas com os fins do empreendimento da Uber (serviço de transporte de passageiros).

A onerosidade, segundo a autora Vólia Bomfim Cassar (2015), nada mais é do que vantagens recíprocas. O empregador recebe os serviços e, o empregado, o respectivo pagamento.

Vale destacar que o contrato de trabalho é um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, que envolve um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes. Essa onerosidade é traduzida pelo pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade. Não há contrato de emprego gratuito, assevera CASSAR (2015).

Os motoristas da Uber recebem de acordo com as viagens realizadas. Segundo Márcio Toledo Gonçalves, a Uber conduz, de forma exclusiva, toda a política de pagamento do serviço prestado, seja em relação ao preço por quilometragem rodada e tempo de viagem, às formas de pagamento ou às promoções e descontos para usuários. Assim, a empresa calcula o montante a ser pago pelo passageiro e transfere uma parte desse valor ao motorista.

Desse modo, fica claro que o motorista é remunerado pela Uber, e não pelo passageiro. Todos os pagamentos dos usuários (passageiros) são transferidos para a Uber, que remunera os seus motoristas semanalmente com base nos dados de deslocamentos de viagens realizadas.

Assim, não resta dúvida de que a prestação de serviço realizada pelo motorista constitui-se numa relação onerosa.

E por fim, a subordinação, que é considerada por muitos autores do Direito do Trabalho como o requisito de maior relevância dentre os elementos caracterizadores da relação de emprego.

Para o Prof. Mauricio Godinho Delgado, a subordinação é o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e as diversas modalidades de trabalho autônomo que surgem no mundo contemporâneo.

Esse autor conceitua a subordinação como uma "situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços". (DELGADO, 2014, p. 303).

Vólia Bomfim Cassar afirma que "a subordinação nada mais é que o dever de obediência ou estado de dependência na conduta profissional, a

sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas". (CASSAR, 2015, p. 266).

A subordinação vem se adequando e se ajustando ao longo dos anos em decorrência das alterações que ocorreram, e que ainda ocorrem, no mundo do trabalho. Com relação a esses fenômenos, o professor Mauricio Godinho Delgado destaca três dimensões da subordinação: a clássica, a objetiva e a estrutural. Ele pondera que a conjugação dessas três dimensões da subordinação, que não se excluem, evidentemente, mas se complementam com harmonia, permite suplantar as recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos novos do mundo do trabalho ao tipo jurídico da relação de emprego, retomando-se o clássico e civilizatório expansionismo do Direito do Trabalho (DELGADO, 2014, p. 314).

A subordinação clássica deriva do contrato de trabalho, no qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização da atividade laborativa. (DELGADO, 2014, p. 305). Uma característica marcante dessa dimensão é a intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador. É a mais comum e recorrente modalidade de subordinação.

A objetiva é a que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas as amarras do vínculo empregatício. (DELGADO, 2014, p. 306).

Para a subordinação estrutural, não tem relevância se o trabalhador harmonizou-se ou não aos objetivos do empreendimento (subordinação objetiva), tampouco importa se o trabalhador recebe ordens diretas da sua chefia (clássica). A subordinação estrutural se expressa:

pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. (DELGADO, 2014, p. 306).

Para a autora Tatiana Guimarães Ferraz Andrade, a proposta da subordinação estrutural é alargar, tornar mais abrangente o conceito de subordinação, aplicando critérios que vão além da visão tradicional (ANDRADE, 2014).

Com base nesse suporte teórico, faz-se a análise da subordinação praticada pela empresa Uber.

Analisando-se a relação existente entre a empresa e os seus motoristas, evidencia-se a presença da subordinação clássica.

Os motoristas estão sujeitos às ordens sobre o modo de desenvolvimento da prestação dos serviços, e também a controles contínuos. De acordo com os critérios da empresa, os motoristas devem trajar roupas sociais, abrir a porta do carro para o passageiro, manter o ar condicionado ligado durante as viagens, oferecer água, guloseimas, ter guarda-chuva no porta malas do carro, está com o carro limpo e sem odores; além disso, é vedado ao motorista ter alguma propaganda no carro, buscar passageiro com outra pessoa no interior do veículo; também é proibido ao motorista entregar cartões pessoais aos passageiros ou combinar viagens diretamente com os viajantes.

Ademais, de acordo com o código de conduta da Uber, que pode ser consultado no seu sítio eletrônico, é proibido recusar o embarque de animais condutores de deficientes visuais, fazer uso de álcool ou drogas enquanto dirige ou fazer perguntas pessoais aos passageiros, além de outras proibições (UBER, 2017).

Partindo-se dessas regras impostas pela empresa, fica bastante claro que a Uber exerce o seu poder regulamentar sobre os seus trabalhadores, que caso sejam desrespeitados, pode ocasionar punições aos motoristas, que vão desde o bloqueio temporário do aplicativo até a perda do acesso à plataforma, conforme explica um ex-motorista da Uber, em seu depoimento no Inquérito Civil nº 001417.2016.01.000/6, instaurado no Ministério Público do Trabalho da 1ª Região:

(...) que não podem entregar cartão para cliente dentro do carro, que isso implica em falta grave com punição de bloqueio; que no caso do passageiro reportar alguma conduta grave por parte do motorista, o motorista teria a plataforma bloqueada; que confirmada a falta, o motorista seria bloqueado;

Corroborando a tese da punição aplicada pela Uber, destaca-se aqui o depoimento de um ex-coordenador de operações da Uber no mesmo inquérito:

(...) se o motorista ficasse com média entre 4,4 e 4,7, tomaria os “ganchos” (de dois dias a cada vez) e teria nova

chance, até três vezes, antes de ser desativado; que se ficasse com média abaixo de 4,4 era desativado diretamente (...).

Além das restrições impostas aos motoristas por causa de suas condutas, a empresa também se utiliza dessa mesma faceta para impedir que os trabalhadores recusem viagens, conforme se extrai da declaração do mesmo ex-coordenador ao Ministério Público:

(...) que também havia a hipótese de um bloqueio temporário (“gancho”) que ocorria quando o motorista não aceitava mais do que 80% das viagens e esses ganchos eram progressivos, ou seja, 10 minutos, 2 horas e até 12 horas off-line, ou seja, bloqueado; que esse gancho era automático do sistema e não passava por qualquer avaliação humana (...).

A empresa, por meio dos seus algoritmos de controle, detém a fiscalização e o poder de decisão, que prescindem da intervenção humana, para uso disciplinar. Aqui cabe transcrever uma passagem bastante interessante a respeito do controle realizado por algoritmos:

[...] somente o avanço tecnológico da sociedade em rede foi capaz de criar essa inédita técnica de vigilância da força de trabalho. Afinal, já não é mais necessário o controle dentro da fábrica, nem tampouco a subordinação a agentes específicos ou a uma jornada rígida. Muito mais eficaz e repressor é o controle difuso, realizado por todos e por ninguém. Nesse novo paradigma os controladores, agora, estão espalhados pela multidão de usuários e, ao mesmo tempo, se escondem em algoritmos que definem se o motorista deve ou não ser punido, deve ou não ser “descartado”. (GONÇALVES, 2017).

Assim, estamos diante de uma nova forma de controle, no qual não se faz necessária a presença direta do empregador (o ser humano) para que seja empregado o seu poder diretivo. Esse controle direto foi substituído por combinações algorítmicas, mas esse monitoramento eletrônico não afastou a figura da subordinação no seu sentido clássico, conforme exposto neste trabalho.

Ademais, o controle algorítmico encontra expressa previsão legal na CLT, no Parágrafo único do art. 6º, que prevê que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Continuando a análise da subordinação existente entre a empresa Uber e os seus motoristas, presente também está a subordinação objetiva, tendo em vista que o motorista realiza os objetivos sociais da empresa, conforme já foi explicitado no item referente à não eventualidade.

E por fim, também resta presente na relação entre a Uber e os seus motoristas a subordinação estrutural, uma vez que o trabalhador se encontra inserido na organização, dinâmica e cultura do empreendimento. Vale ressaltar que se o motorista não estivesse estruturalmente inserido na dinâmica e no funcionamento da empresa, como supõe a Uber, ao alegar que os motoristas parceiros detêm autonomia, são independentes, ele poderia negociar os termos de cada viagem que realizasse, o que de fato não ocorre.

Cabe novamente destacar um trecho do artigo escrito pelo jurista Márcio Toledo Gonçalves, no qual ele expõe o fenômeno da *uberização* e a subordinação estrutural:

Fato é que a subordinação estrutural viabiliza o alargamento do campo de incidência do Direito do Trabalho, instrumento de realização de justiça social, conferindo resposta normativa e eficaz às profundas transformações do modelo de expropriação do trabalho humano, tais como o fenômeno da *uberização*. Não importa mais a exteriorização dos comandos diretos para fins de caracterização da subordinação, pois, no fundo e essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. (GONÇALVES, 2017).

Pelas três faces da subordinação abalizadas pela doutrina, o motorista da Uber encontra-se subordinado à empresa. Seja devido às inúmeras regras e ordens que deve seguir, e pelo controle que é efetivamente exercido sobre a sua prestação laboral, nos termos da subordinação clássica; seja porque está inerentemente vinculado às atividades essenciais da empresa, de acordo com a visão objetiva, ou ainda, nos termos da teoria estrutural de subordinação, por estar inserido na dinâmica estrutural da Uber.

CONCLUSÃO

A dificuldade para se chegar a uma compreensão no que concerne à relação jurídica existente entre a empresa Uber e os seus motoristas, se eles são empregados, ou trabalhadores autônomos, ou empreendedores individuais, reside na dinâmica das teses defendidas pela Uber, por meio de um grande investimento em *marketing*, onde a empresa se apresenta como um grande fenômeno da economia compartilhada em que seus colaboradores apenas usam a sua plataforma para se beneficiar desse compartilhamento de bens e serviços, de forma autônoma e independente.

Atualmente, tem-se usado a expressão pós-verdade (*post-truth*) para intitular os novos processos de moldagem da opinião pública. Não precisamos mais dos fatos concretos, basta a crença. Os apelos emocionais e o universo dos afetos são manipulados por refinadas técnicas de *marketing*, que instituem “verdades absolutas”, e essas “verdades” passam a ter mais influência e confiabilidade do que o mundo real nos apresenta, a realidade dos fatos objetivamente considerados.

A Uber utiliza muito bem essa técnica de propaganda, na medida em que se apresenta, no mundo da publicidade, como uma simples plataforma de tecnologia, mas, que em verdade, no mundo dos fatos é uma empresa de transporte de passageiros. Utiliza a nomenclatura da economia colaborativa para se apropriar da carga positiva que essa teoria comportamental e econômica possui, quando, na verdade, é uma empresa privada com o objetivo de lucro. Tanto é verdade, que a empresa está investindo altas cifras na construção de carros autônomos, com a intenção de eliminar todos os motoristas, e com isso aumentar ainda mais a sua margem de lucro.

Em relação à tese jurídica apresentada pela empresa de que os seus “motoristas parceiros” ora são autônomos, ora são empreendedores, não se sustenta.

Ao se analisar as atividades exercidas pelos motoristas, e a forma como são exercidas, conjuntamente com a relação existente entre os trabalhadores e a empresa, verificou-se a presença de todos os elementos que caracterizam a relação de emprego. Sob todos os aspectos e ângulos em que se examine a

questão de fato, o modelo adotado pela empresa para a consecução dos seus objetivos empresariais implica a relação de emprego entre motorista e Uber.

O presente artigo não tem como objetivo esgotar o tema nele abordado, mas apenas demonstrar que as novas formas de organização do trabalho que se apresentam no mundo contemporâneo, com as inovações tecnológicas, tem o respaldo da proteção ao trabalhador subordinado, em virtude do conjunto normativo protetivo que se amolda, com o passar do tempo, às novas realidades enfrentadas pelo Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. **As novas faces da subordinação e os impactos para o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; **PONGELUPE**, Leandro Simões; **MORGUILIS**, Maria Clara de Azevedo; **ITO**, Nobuiki Costa. **Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva**. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2016/11/estudo-de-caso-Uber-crescer-inovacao-disruptiva.pdf>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

BLANCO, Gisela. **Verbete Draft: o que é destruição criativa**. 2015. Disponível em: < <http://projetodraft.com/verbete-draft-o-que-e-destruicao-criativa/>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

BOTSMAN, Raquel; **ROGERS**, Roo. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Porto Alegre: BOOKMAN, 2011.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro. Inquérito Civil nº 001417.2016.01.000/6.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O Uber, o táxi e a exploração dos motoristas**. Disponível em: <<http://www.prt23.mpt.mp.br/procuradorias/prtcuiaba/602-o-uber-o-taxi-e-a-exploracao-dos-motoristas>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

CECATO, Maria Aurea Baroni; **SOUZA DE SÁ**, Veruska Santana. **Relações de emprego: dimensão estrutural da subordinação contemporânea**. CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Santa Catarina, 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/i135trx2/aIYBJgygPfoZPD53.pdf>>.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

DIAS, Marco de Carvalho. **Economia no dia a dia**. Editora: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2016.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Márcio Toledo. **Uberização: um estudo de caso – as tecnologias disruptivas como padrão de organização do trabalho no século XXI**. Revista LTr. Vol. 81, nº 3, Março de 2017.

LAU, Ana Isabella Bezerra; **GOMES**, Isaac Ramon Ferreira Diniz. **As novas tecnologias em prol do trabalhador: tentativas de minimizar o retrocesso aos direitos sociais**. CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Santa Catarina, 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/81s48682>>.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Caroline. **COMUNIDADE ADM, 2015**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/empreendedorismo/uber-a-historia-da-startup-mais-valiosa-do-mundo/89284/>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

MELO, Luisa. **Após aporte de US\$ 2,1 bi, Uber já vale mais que Ford ou GM, 2016**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/com-aporte-de-us-2-1-bi-uber-ja-vale-mais-que-ford-ou-gm/>>.

MENDONÇA, Bruno. **Criando Negócios Inovadores e Lucrativos**. Clube de Autores, 2009. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=IVIKBQAAQBAJ&pg=PT4&dq=futuro+de+desenvolvimento+de+um+produto+ou+a+melhoria+de&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiQgt2awKzVAhXBTJAKHXgyBWAQ6AEILzAB#v=onepage&q=futuro%20desenvolvimento%20de%20um%20produto%20ou%20a%20melhoria%20de&f=false>>.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; **NASCIMENTO**, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 40ª. ed. São Paulo: LTr, 2015.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto. **Schumpeter: a destruição criativa e a economia em movimento**. HEERA – Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada – Vol. 10, n. 16 Jan-Jun 2014. UFJF.

PEREIRA, Daniel. **Análise do modelo canvas de empresas: modelo de negócio do Uber**. 28 jun 2016. Disponível

em <<https://analistamodelosdenegocios.com.br/modelo-de-negocio-do-uber/>>. Acesso em 5 jul. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”**. Disponível em: <[http:// http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf](http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf)>. Acesso em 25 fev. 2017.

TELLES, Guilherme. **Entrevista exclusiva com Guilherme Telles, executivo do UBER no Brasil, para o Blog da PSafe**. Disponível em: <<http://www.psafe.com/blog/entrevista-guilherme-telles-executivo-uber-no-brasil/>>. Acesso em 19 jul. 2017.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; **D’AFONSECA**, Thaís Cláudia; **ANTONIETA**, Maria. **Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber**. Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. Vol. 20, N. 39, 2017.

UBER. Disponível em: <https://help.uber.com/pt_BR/>. Acesso em: 25 fevereiro 2017.