

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 851

(Ano X)

(28/04/2018)

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

COLUNISTA DA SEMANA



23/04/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Misoginia pela internet e atribuição da Polícia Federal pela Lei 13.642/18](#)

ARTIGOS

27/04/2018 Lucas Andrade de Moraes

» [Ciberpedofilia: os crimes de pedofilia praticados através da internet](#)

27/04/2018 Leonardo Andrade Lima Vidal de Araújo

» [Aplicação do banco de horas no âmbito da relação empregatícia doméstica](#)

27/04/2018 Sofia Ramos Sampaio

» [A textura aberta e suas consequências Estudo do filosofia legal de Hart](#)

27/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [Responsabilidade Internacional do Estado](#)

27/04/2018 José Felipe Rangel da Silva

» [Supressão da obrigatoriedade da contribuição sindical mediante lei ordinária](#)

27/04/2018 Antônio Augusto Souza Dias Júnior

» [Notas gerais sobre os impostos](#)

26/04/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Descumprir medidas protetivas de urgência agora é crime](#)

26/04/2018 José Felipe Rangel da Silva

» [Parcerias e a adequada prestação dos serviços públicos](#)

26/04/2018 Sofia Ramos Sampaio

» [Parceria Público-Privada e partilha de riscos](#)

26/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [Organização dos Estados Americanos](#)

26/04/2018 Antônio Augusto Souza Dias Júnior

» [O Imposto de Importação na Constituição e na legislação infraconstitucional](#)

25/04/2018 Giovanna Matos Silva

» [Ativismo Judicial: instrumento assecuratório do direito fundamental à saúde através do acesso ao Canabidiol](#)

25/04/2018 Devair Tenani

» [Embriaguez ao volante: meios de constatação](#)

25/04/2018 Bruno Menezes Soutinho

» [Aspectos Gerais e Características da Concessão de Serviços Públicos](#)

25/04/2018 Roberto Rodrigues de Moraes

» [Cofins e Pis e a recuperação de créditos das empresas do setor serviços após decisão dos insumos no STJ](#)

25/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [Organização das Nações Unidas](#)

24/04/2018 Benigno Núñez Novo

» [Organizações Internacionais](#)

24/04/2018 Lucas Kertesz de Oliveira

» [Problemas do sistema carcerário brasileiro](#)

24/04/2018 Letícia Brandão Resende

» [A psicografia como meio de prova no processo penal](#)

24/04/2018 Antônio Augusto Souza Dias Júnior

» [Execução Fiscal e Meios Indiretos de Cobrança do Crédito Tributário no Direito Brasileiro](#)

23/04/2018 Renê Gabriel Junior

» [Modernos modelos negociais: Uma Explicação Teórica sobre os Principais Modelos de Negócio em Destaque no Mercado](#)

23/04/2018 José Felipe Rangel da Silva

» [A prestação dos serviços públicos no Estado Democrático de Direito](#)

23/04/2018 Bryenda Ferreira Araújo Oliveira

» [Direito ao esquecimento: conflito entre a liberdade de expressão e o direito á intimidade da pessoa pública](#)

23/04/2018 Rafael Pazos Dias

» [A Desconsideração da Personalidade Jurídica sua Regulamentação Disposta na Lei 13.467/2017](#)

23/04/2018 Paula Pincelli Tavares Vivacqua

» [Bens públicos - possibilidade e formas de alienação - hipótese de licitação dispensada, dispensável ou inexigível](#)

MONOGRAFIAS

27/04/2018 Fábio Peixoto Gondim

» [Incentivos ao cumprimento espontâneo dos direitos dos trabalhadores: uma análise econômica do direito do trabalho positivo brasileiro e de sua aplicação](#)

MISOGINIA PELA INTERNET E ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL PELA LEI 13.642/18

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:
Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

A Constituição Federal, em seu artigo 144, estabelece as atribuições das Polícias no Brasil, dentre elas as da Polícia Federal.

No inciso I, parte final do artigo 144, determina que as infrações penais que demandem “repressão uniforme” e tenham repercussão “interestadual ou internacional” sejam também investigadas pela Polícia Federal, na forma que dispuser a lei.

Nesse passo, foi editada a Lei Federal 10.446/02 que estabelece exatamente quais seriam essas infrações para as quais seria atribuída a investigação à Polícia Federal, dando concreção à norma constitucional.

A Lei 13.642, de 3 de abril de 2018 vem ampliar esse rol já previsto na Lei 10.446/02, acima mencionada. Agora é incluído no artigo 1º, da Lei 10.446/02 um inciso VII, concedendo atribuição à Polícia Federal para investigar “quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres”.

Não há qualquer possibilidade de pecha de inconstitucionalidade com relação ao novo regramento, vez que a própria Constituição Federal deixou a cargo do legislador ordinário estabelecer quais seriam os casos de crimes que poderiam, excepcionalmente, ser atribuídos à investigação da Polícia Federal. No caso concreto, se verifica a conveniência de repressão uniforme e também, concomitantemente, o potencial de repercussão interestadual e/ou internacional, dado o uso da internet.

Conforme aduz Moreira, a atribuição conferida pela Lei 10.446/02, com nova redação dada pela Lei 13.642/18 não impede a atuação concorrente das Polícias Estaduais. [1]É também o que já lecionava Marcão em sua obra, chamando a atenção para a redação clara e objetiva da Lei 10.446/02 (artigo 1º). [2]

Não há também alteração da competência para o processo e julgamento dos casos, mas tão somente da atribuição de Polícia Judiciária. Ou seja, esses crimes que envolvam misoginia perpetrados via internet serão, doravante, apurados pela Polícia Federal, mas não necessariamente julgados pela Justiça Federal. A competência da Justiça Federal somente ocorrerá nos termos do artigo 109, CF, de modo que, em regra, o processo e julgamento serão levados a efeito pelas Justiças Estaduais.

Retomando o escólio de Moreira:

“Por fim, observa-se que a Lei 10.446/02 trata apenas de atribuição da Polícia Federal, e não de competência da Justiça comum federal, cujo tratamento encontra-se no artigo 109 da Constituição. Portanto, salvo hipótese de incidência de um dos incisos deste artigo — por exemplo, os seus incisos V e V-A —, a competência para o processo, julgamento e execução continuará sendo, em regra, da Justiça comum estadual”. [3]

A Lei 13.642/18 definiu o que seria o “conteúdo misógino” em seu texto, referindo-se ao “ódio ou a aversão às mulheres”, o que se compatibiliza com o conceito rotineiramente encontrado para o termo ‘misoginia’:

“Misoginia é a repulsa, desprezo ou **ódio contra as mulheres**. Esta forma de aversão mórbida e patológica ao sexo feminino está diretamente relacionada com a violência que é praticada contra a mulher. (...).Etimologicamente, a palavra ‘misoginia’ surgiu a partir do grego *misogynia*, ou seja, a união das partículas *miseó*, que significa ‘ódio’, e *gyné*, que se traduz para ‘mulher’. Um indivíduo que pratica a misoginia é considerado **misógino**” (grifos no original). [4]

Um bom exemplo, seria o caso de alguém que praticasse, via internet, a apologia ao crime ou ao criminoso (artigo 287, CP) com relação a práticas de violência contra as mulheres (estupros, homicídios, lesões corporais, ameaças etc.).

Tendo em vista a atual conformação de certos movimentos feministas radicais, seria de bom tom, especialmente com relação à concreção do Princípio Constitucional da Igualdade (artigo 5º., I, CF), que também fosse prevista, na mesma norma, a atitude daqueles que pratiquem crimes ligados à chamada “misandria” pela rede mundial de computadores, eis que tal fato não é incomum.

As condutas são equivalentes. Vejamos o conceito:

“Misandria é a repulsa, desprezo ou ódio contra o sexo masculino. Esta é uma forma de aversão patológica aos homens, enquanto gênero sexual, sendo considerada o oposto da misoginia, que é o sentimento de repulsa e ódio pelo sexo feminino.

Etimologicamente, o termo ‘misandria’ surgiu do grego *misosandrosia*, composto pela junção das partículas *misos*, que quer dizer ‘ódio’, e *andros* que significa ‘homem’” (grifos no original). [5]

É bem verdade que esse “Feminismo Radical” não é uma regra geral, mas também a misoginia não é um fenômeno que acometa todos os homens, muito ao reverso. A afirmação de que a misandria seria apenas uma expressão sarcástica do movimento feminista, não correspondendo a nenhum ideário existente, porém, é falsa. [6]

Um exemplo extremado de misandria pode ser visto em Valerie Solanas, a feminista radical que alvejou Andy Warhol, em 1968. Seu “*Manifesto SCUM*” prega o genocídio dos homens pelo simples fato de pertencerem ao gênero masculino. SCUM é um acrônimo para “Society for Cutting Up Men” (“Sociedade para destruir ou dilacerar os homens”), praticamente um convite para o “generocídio”, com o abate dos homens. [7]

A misandria é um exemplo típico do chamado “Discurso do Ódio”, o qual

“Consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. [8] Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Note-se que o discurso do ódio não é voltado apenas para a discriminação racial. Para Winfried Brugger o discurso do ódio refere-se ‘a palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, o que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas’”. [9]

É claro que essa espécie de exemplo repugnante não é a regra e nem pode ser apresentado como o estado da arte do pensamento feminista contemporâneo ou histórico. Porém, o que se quer demonstrar é que o apego demasiado às conquistas das mulheres em vários campos vem minando pouco a pouco a atenção que deve ser dada para que os homens não se tornem reféns de discriminações injustas, inclusive com sua desqualificação na detenção de certos direitos. E essa cautela desse ser redobrada quando se sabe que

“o discurso do ódio pode ser manifestado por grupos que historicamente foram objeto de discriminação e se voltar contra um membro do grupo dominante. Nesse caso o discurso do ódio tem um tom de retaliação pelas agressões sofridas pela minoria [10], mas se dirige contra uma parcela inocente do grupo dominante”. [11]

Observe-se que o que se propõe não é a eliminação do tratamento especial dado ao combate à odiosa misoginia, mas a ampliação desse tratamento ao seu inverso igualmente odioso, como proposta “de lege ferenda”.

REFERÊNCIAS

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEYER – PFLUG, Samantha Ribeiro. MEYER – PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo crime da Lei Maria da Penha e a nova atribuição da Polícia Federal. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 08.04.2018.

O que é misandria? Disponível em <http://antimisandry.com/articles/>, acesso em 08.04.2018.

SIGNIFICADO de Misandria. Disponível em www.significados.com.br, acesso em 08.04.2018.

SIGNIFICADO de Misoginia. Disponível em www.significados.com.br, acesso em 08.04.2018.

SOUZA, Lizandra. Vamos falar de misandria? Disponível em <http://diariosdeumafeminista.blogspot.com.br/2015/05/vamos-falar-de-misandria.html>, acesso em 08.04.2018.

NOTAS:

[1] MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo crime da Lei Maria da Penha e a nova atribuição da Polícia Federal. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 08.04.2018.

[2] MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018., p. 123.

[3] MOREIRA, Rômulo de Andrade. Op. Cit.,

[4] SIGNIFICADO de Misoginia. Disponível em www.significados.com.br, acesso em 08.04.2018.

[5] SIGNIFICADO de Misandria. Disponível em www.significados.com.br, acesso em 08.04.2018.

[6] Alegando a inexistência do movimento e do ideário: SOUZA, Lizandra. Vamos falar de misandria? Disponível em <http://diariosdeumafeminista.blogspot.com.br/2015/05/vamos-falar-de-misandria.html>, acesso em 08.04.2018.

[7] O que é misandria? Disponível em <http://antimisandry.com/articles/>, acesso em 08.04.2018. É preciso lembrar que Solanas foi diagnosticada como portadora de anomalia mental logo após o episódio envolvendo a tentativa de assassinato de Warhol.

[8] Sempre é bom lembrar que nem na misoginia, nem na misandria se pode falar propriamente em “minorias” a não ser em um sentido fortemente metafórico.

[9] MEYER – PFLUG, Samantha Ribeiro. MEYER – PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: RT, 2009, p.95.

[10] Não se esqueça da impropriedade da tomada ao pé da letra do termo “minorias” na questão de gênero.

[11] MEYER P PFLUG, Samantha Ribeiro, Op. Cit., p. 100.

CIBERPEDOFILIA: OS CRIMES DE PEDOFÍLIA PRATICADOS ATRAVÉS DA INTERNET

LUCAS ANDRADE DE MORAIS: Advogado. Mestre em Ambiente, Tecnologia e Sociedade (UFERSA). Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública (FIP). Especialista em Educação em Direitos Humanos (UFPB). Bacharel em Direito (UFCG). Bacharel em Administração Pública (UFRN). Professor Substituto na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Resumo: Considerando a evolução nos meios de comunicação social, a internet e a incidências das violações contra crianças e adolescentes no país, objetiva-se discutir as questões concernentes à pedofilia em redes sociais na internet como o delineamento do crime, assim como os aspectos que dificultam a identificação dos ciberpedófilos. Para tanto, procede-se à pelo método de abordagem método dedutivo e o método de procedimento da pesquisa bibliográfica. Desse modo, observa-se que durante muito tempo a internet se constituiu como uma terra sem lei, porém o ordenamento brasileiro possui dispositivos para punir os ciberpedófilos, o que permite concluir que o grande problema enfrentado no país não se trata da falta de legislação, mas da identificações dos ciberpedófilos.

Palavras-Chave: Pedofilia. Ciberpedofilia. Redes Sociais.

Sumário: 1. Introdução. 2. Internet como espaço social e de criminalidade: Uma terra sem lei?; 3. Internet, pedofilia e sua criminalização; 4. Ciberpedofilia: do espaço virtual (interno) para o real (externo); 4.1 A ciberpedofilia em números; 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Informações adicionais.

I. Introdução

Com a modernização dos meios de comunicação social, especialmente a internet, surgiram vários benefícios para a sociedade, porém com esse avanço tecnológico adveio também várias modalidades de atos ilícitos, denominados de cibercrimes^[1] (Crimes Cibernéticos), devido à internet proporciona uma sensação de liberdade e anonimato aos seus usuários.

O mundo virtual tem sido o campo preferido e recorrente de se praticar crimes. Dentre os inúmeros crimes cometidos no meio virtual destaca-se a ciberpedofilia, ou seja, a pedofilia praticada através da internet.

A pedofilia é caracterizada pela perversão sexual, na qual a atração sexual de um indivíduo adulto ou adolescente está dirigida primariamente para crianças pré-púberes ou no início da puberdade.

No Brasil as práticas de pedofilia relacionada à internet (ciberpedofilia), tomaram grandes proporções, na divulgação da pornografia infantil ou por fazer sua apologia.

A existência de uma lei federal específica para crimes relacionados à internet (que podem coibir tais práticas) só ocorreu com a tipificação criminal de delitos informáticos pela Lei nº 12.737/12, porém, até então a internet era um território perfeito para os atos praticados pelos ciberpedófilos.

O objetivo deste trabalho é discutir as questões concernentes à pedofilia em redes sociais na internet como o delineamento do crime, assim como os aspectos que dificultam a identificação dos ciberpedófilos.

O método de abordagem utilizado foi o método dedutivo que parte de proposições maiores – da lei e da doutrina – para obter proposição mais específica, adequada ao caso concreto, o método de procedimento foi à pesquisa bibliográfica.

Logrou-se, deste modo, tratar de um tema atual que seria a violência contra crianças e adolescentes, sendo a pedofilia uma de suas modalidades, em que é caracterizada por um transtorno de preferência sexual do agente ao busca satisfazer seus desejos usando crianças e adolescentes, e nesse trabalho buscou-se o aprofundamento compreender a pratica da pedofilia no ambiente e rede virtual no contexto brasileiros.

2. Internet como espaço social e de criminalidade: Uma terra sem lei?

São indiscutíveis os benefícios advindos dos avanços tecnológicos dos meios de comunicação, tem-se na internet a melhor representante deste, pois encurtou distâncias, trouxe praticidade, informação e novas formas de

relacionamentos sociais. Porém, juntamente aos benefícios, a internet traz consigo problemas como crimes e criminosos (cibercrimes e cibercriminosos) que tem aumentado nos últimos anos. Alguns dos motivos que se aponta para o crescimento dos crimes nesse ambiente é a própria inclusão digital, a facilidade no acesso à internet e o surgimento de estabelecimentos fornecedores de serviços de acesso como as *lan house*, *cybercafés*, *Cyber offices* e os próprios *Smartphones*.

Nesse cenário o maior desafio é a identificação dos criminosos, já que “[...] este novo meio de interação social surge um ambiente propício à ação de criminosos que utilizando desta ferramenta a seu favor tendem a cometer atos prejudiciais à coletividade” (SANTOS, ANDRADE & MORAIS, 2009, p.2).

Os cibercrimes vem desafiando todo o sistema jurídico brasileiro, visto que diariamente são cometidos crimes virtuais, e os criminosos estão ainda impunes, tendo em vista a dificuldade de identificação do infrator e a tímida instrumentalidade da lei que tipifica os chamados delitos ou crimes informáticos (Lei nº 12.737/2012).

Até o ano de 2011, conforme Blum (2009) a legislação brasileira apresenta regulação para 95% dos crimes eletrônicos, faltava a previsão legal do restante (MATSUURA, 2009). Durante esse tempo, o problema desses 95% previsto é que os delitos estavam presentes em leis esparsas, não existia, portanto um conjunto ou uma codificação única que regulamente os cibercrimes, ou seja, os criminosos quando identificados eram punidos conformes normas das esferas civil ou criminal de situações já regulamentada pelo ordenamento jurídico.

No ano de 2012 o poder legislativo uniu esforços para estabelecer segurança jurídica na vida privada *online*, e assim a casa legislativa aprovou e o presidente sancionou a Lei Federal nº 12.737 de 30 de novembro de 2012, que fez algumas alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940) ao tipificar alguns crimes que ocorrem no ciberespaço, chamando de crimes informáticos, tornando-se assim a internet um campo de regulamentação jurídica penal para seus usuários.

Dois anos depois (2014) é promulgado a Lei nº 12.965/14, chamada de Marco Civil da Internet, que veio a regulamentar o uso da internet no país ao instituir princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários e diretrizes de

atuação do poder público face a esse mundo virtual, suprimindo algumas lacunas que ainda existia no sistema jurídico quando se tratava dos cibercrimes.

As duas legislações representam mecanismos essenciais para o combate e punição dos ciberdelinquentes, modificando a visão da internet de “uma terra sem lei” para um espaço com possibilidades jurídicas de responsabilização dos usuários, caso incidam contra das normativas de uso responsável do espaço virtual

3. Internet, pedofilia e sua criminalização

Os mais frequentes cibercrimes praticados no mundo são crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação), violação dos direitos autorais, perfis falsos e pornografia infantil (OLIVEIRA, *et. ali.*, 2017).

No gênero da pornografia infantil, existe as práticas da pedofilia, a qual abordarei nessa pesquisa a pedofilia praticada na internet ou ciberpedofilia. Etimologicamente a palavra pedofilia é a junção de duas palavras gregas, *pedo* que significa: infância, criança, juventude; e *filia* que significa: atração, amor, amizade, filiação ou gosto.

A pedofilia é um distúrbio do comportamento classificado como uma Parafilia, que representam como diferentes formas de perversão sexual, e tem como característica principal é a recorrência de comportamentos, anseios e fantasias sexuais intensas, geralmente por objetos não-humanos, sofrimento de si ou seu parceiro, e crianças ou pessoas sem o seu consentimento (ASSUMPÇÃO, 2014; SAFENET, 2018).

Para Croce *et. ali.* (1995), a pedofilia seria caracterizada como um desvio sexual em que o sujeito possui atração por crianças ou adolescentes sexualmente imaturos, através da erotização ou pratica atos obscenos e libidinosos. Nessa visão, a pedofilia seria um distúrbio sexual no qual o indivíduo adolescente ou adulto possui um desejo/atração sexual por crianças e pré-adolescentes (menores de 14 anos).

A pedofilia é uma doença, que segundo a Classificação internacional de Doenças (CID-10) da Organização Mundial da Saúde (OMS), no item F65.4, a define como a “Preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas

ou de crianças de um ou do outro sexo, realmente pré-púberes ou não”. Por tanto fica claro que o simples desejo sexual já caracteriza a pedofilia, e assim, não há necessidade de haver relações sexuais para que o sujeito seja considerado pedófilo.

Para a Associação de Psiquiatras Americanos, uma pessoa será definida como pedófila caso cumpra três requisitos que consta no DSM-IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 4th edition*). O primeiro requisito é que o indivíduo tenha por um período de ao menos seis meses intensa atração sexual, fantasias sexuais ou outro comportamentos de caráter sexual por crianças (menores de 13 anos de idade ou que não esteja na puberdade). O segundo requisito é o indivíduo decide por realizar seus desejos, seu comportamento é afetado por seus desejos, e/ou tais desejos causam estresse ou dificuldades intra e/ou interpessoais. O terceiro requisito é o indivíduo possuir mais do que 16 anos de idade, e é ao menos cinco anos mais velha do que a(s) criança(s) citada(s) no critério. Este critério não se aplica exatamente a indivíduos com 12-13 anos de idade ou mais, envolvidos em um relacionamento amoroso (namoro) com um indivíduo ao final da adolescência - entre 17 e 20 anos de idade. Haja vista que nesta faixa etária geralmente acontecem diversos relacionamentos entre adolescentes de idades diferentes (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2000).

Outro ponto que deve-se destacar na temática da pedofilia ou ciberpedofilia é a questão das mulheres podem praticar pedofilias? E assim constituírem como “pedófilas”? Sim, não só os homens, mas também as mulheres podem ser identificadas nas mulheres, porém, conforme afirma a CID-10, “a pedofilia raramente é identificada em mulheres” (FELIPE, 2006, p. 213).

Outra controvérsias presente na temática pedofilia no Brasil, seria a definição de criança e adolescente, tendo em vista que a definição legal de adolescente segundo o artigo 2º do ECA, afirma que o adolescente seria a pessoa entre os 12 e os 18 anos. Todavia, a definição adotada pela definição de adolescência para efeitos de caracterização da pedofilia, é a da OMS, que tem como referência os aspectos biológicos.

Quando se trata do pedófilo, alguns equívocos e pseudo conceitos são formados, um deles é a ideia que somente os homens são abusadores em potencial, pois segundo o senso comum possuem uma sexualidade incontrolável. Um outro equívoco cometido por muitas pessoas é associar a pedofilia e o pedófilo aos

homossexuais, o que transformando estes em um perigo constante aos bons costumes (FELIPE, 2006; OLIVEIRA, 2015).

Outro ponto que também deixa dúvidas é se existem tratamentos para pessoas que possuem o sintoma da pedofilia, ou os pedófilos. Existem várias técnicas que ao longo dos anos vem sendo desenvolvidas, dentre essas estão tratamentos com medicamentos que alteram o impulso sexual, terapias comportamentais e psicoterapias, terapia cognitivo-comportamental, existem ainda algumas terapias que provocam discussões quando a sua utilização, já que provocam sofrimento físico, como choques elétricos. Outra terapia de controle é a “castração química judicial”, tratamentos impostos por condenação judicial, ou para pessoas que se voluntarie. Tratamento usado para o sexo masculino, em que são utilizados medicamentos disponíveis para o câncer de próstata, e hormônios femininos, para diminuir a libido, e evitando-se abusos sexuais antes que aconteçam (FELIPE, 2006; OLIVEIRA, 2015).

Por todo exposto, é importante ressaltar que a pedofilia é uma doença que se configura como um desejo sexual compulsivo por crianças, estando classificada no item F65.4-302.2 do DSM IV. Sendo assim, a pedofilia é um transtorno da personalidade e por si só não é constituída como crime, é a passagem do desejo aos atos praticados que o ordenamento jurídico brasileiro caracteriza como prática criminosa.

Para o ordenamento jurídico os pedófilos cometem o crime de abuso de crianças ou produção de pornografia infantil. Quando se trata de cyberpedófilos esse último crime é o mais praticado. A Lei nº 11.829/08 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) no sentido de combater à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, como também a aquisição e posse de tal material, além de outras condutas que esteja relacionadas à pedofilia na internet. Assim, quem produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, inclusive na rede mundial de computadores ou internet, cenas de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente, será punido conforme o artigo 240 do ECA.

O ECA agora ampliou o rol das situações que envolvesse a pornografia infantil, para que abrangesse os cibercrimes, como se observa no artigo 241-A do ECA, ao punir aquele que oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir,

publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, poderá pegar de 3 a 6 anos de prisão e multa.

Disciplinando também a situação em que o pedófilo armazena ou compra fotos de sites ou baixa de sites de pedofílias, o artigo 241-B do ECA, regulamenta tal conduta e assim dispõe que será punido quem adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

4. Ciberpedofilia: do espaço virtual (interno) para o real (externo)

A internet facilitou a vida de muitos pedófilos, tendo em vista que ampliaram-se os meios de abordagem utilizados por esse para o cometimento do crime de pedofilia. O que se sabe é que antes do advento da internet, os pedófilos recorriam a clubes fechados e a eventos ou locais que suas vítimas costumavam ir (como casas de videogames, parques e campos de jogos).

Para Nogueira (*apud* RODRIGUES & SIMAS FILHO, 2004, p. 1) “A internet facilita o contato dos pedófilos com suas vítimas, pois nos chats e blogs eles assumem qualquer personalidade e usam a linguagem que mais cativa o interlocutor virtual”. Atualmente com a popularização da internet os pedófilos, que passaram a ser ciberpedófilos, têm-se uns campos fértil e praticamente impunes para aliciar crianças e pré-adolescentes por meio de ferramentas que propiciam esconder suas verdadeiras identidades e assumir uma personalidade que cativa as crianças.

Conforme Rodrigues & Simas Filho (2004) para se aproximar das vítimas, os ciberpedófilos criam mecanismos para atrair crianças utilizando a própria linguagem infantil. Através de perfis falsos a violência cibernética se concretiza, por meio de dois níveis: um deles consiste em conquistar a criança e pré-adolescente para a prática sexual ou buscar nessa criança o objeto para a exposição de fotografias em situações eróticas. O outro, os ciberpedófilos ganham à confiança das vítimas, criando um vínculo e posteriormente começam as chantagens emocionais, até o criminoso jogar para as crianças imagens pornográficas e, a partir delas, estabelecer um vínculo promíscuo.

Segundo Batista (2004), fundador de um site *Censura* que combate a pedofilia e abuso sexual na internet, os computadores das vítimas podem estarem interligadas com redes de pedofílias, que muitas das vezes, as crianças enviam fotos para amigos ou colegas de classe e essa imagem acaba caindo na rede dos pedófilos. Ou porque alguém ligado ao colega que recebeu a foto está em uma rede de pedofilia, ou porque a imagem foi colocada em algum blog e, com isso, se tornou pública.

Os pedófilos da internet utilizam redes sociais de relacionamento e de troca de informações como: a) mensageiros instantâneos (Skype, Twitter, Whatsapp) e chats (salas de bate-papo); b) blog e fotologs; c) e-mail; d) redes sociais (Instagram, Snapchat, Facebook) e; e) aplicativos de relacionamento (Tinder, Badoo, Happn, etc.).

Para coibirem tais práticas o artigo 241-D do ECA, busca aplicar uma pena de reclusão de um a três anos e multa, para aquele que aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de praticar ato libidinoso.

São diversos os problemas na penalização dos ciberpedófilos, Rodrigues & Simas Filho (2004) afirma que o primeiro deles é a territorialidade. No Brasil, mesmo quando um criminoso virtual é identificado, só será alcançado pela lei se estiver em território nacional. Visto que a pedofilia virtual transcende fronteiras e as leis variam muito de país para país, na qual enfrentar o problema requer, no lugar de armamento sofisticado, conhecimento técnico, contribuição por parte dos provedores para bloquear sites criminosos e, acima de tudo, a colaboração de todos.

Para Santos, Andrade & Morais (2009), quando o problema está na dificuldade de identificação dos infratores (ciberpedófilos), diante do anonimato oferecido pela internet, é importante salientar que esse anonimato que impede a identificação não é absoluto. Identificar o infrator que se esconde atrás da tela de um computador não é uma tarefa impossível. Uma das possibilidades seria através do número IP (*Internet Protocol*) que identifica um dispositivo em uma rede (um computador, impressora, roteador, etc.), sabendo esse número é possível chegar ao computador de onde se originou a atitude delituosa, identificando assim o criminoso.

Os mesmos autores ainda afirmam que o problema surge quando à identificação dos criminosos são usuários das *lan houses*, cybercafés e *cyber offices*. Visto que o IP pode identificar a máquina e o horário do delito, mas a identificação do usuário da máquina fica a cargo do estabelecimento, o que na maioria dos casos os esses estabelecimentos não mantém o cadastro do usuário (SANTOS, ANDRADE & MORAIS, 2009).

4.1 A ciberpedofilia em números

No mundo, segundo a União Internacional de Telecomunicações[2], 3,2 bilhões de pessoas estão usando a Internet. O Brasil ocupa 4º lugar no ranking mundial entre os países em número de usuários de internet, possuindo 120 milhões de pessoas que estão conectadas[3], esses números fizeram o país ocupar, em 2017, o 2º lugar no ranking mundial usuários afetados pelo crimes cibernéticos, com 62,21 milhões de usuários vítimas, segundo um estudo realizado pela *Norton Cyber Security Insights Report 2017*[4].

Em um estudo de 2003 da Telefono Arcobaleno (Associação italiana pra defesa da infância) o Brasil ocupava o 4º lugar no ranking mundial de sites com material pornográfico, dos 17.016 sites catalogados que possuíam conteúdo de pornografia infantil, pelo menos 1.210 endereços na internet são brasileiros (FELIPE, 2006).

Os Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos do ano de 2017, reúne dados das centrais de denúncia da Polícia Federal, Secretária de Direitos Humanos e pela ONG SaferNet[5], recebeu e processou 33.411 denúncias anônimas de Pornografia Infantil, envolvendo 20.975 páginas (URLs) distintas (das quais 1.765 foram removidas) hospedadas em 6.271 hosts diferentes, conectados à Internet através de 4.781 números IPs distintos, atribuídos para 62 países em 5 continentes.

A pedofilia domina as práticas criminosas dos crimes virtuais e constitui uma das a principal violações de direitos na internet, sendo a pornografia infantil, prática ligada a pedofilia, a violação que mais recebeu denúncias no último, em sua forma única recebeu 33.411 denúncias, o que representa a maior incidência de crime praticado na internet.

Em outra pesquisa realizada pela SaferNet[6], cerca de 87% dos jovens internautas afirmam não possuir restrições ao uso da Internet. 53% já tiveram contato com conteúdos agressivos e que consideravam impróprios para sua idade. 64 % dos jovens usam a Internet principalmente no próprio quarto, contrariando uma das dicas de prevenção que orienta a manter o computador em área comum da residência. 77% dos jovens afirmam que não possuem limite algum no tempo que podem ficar na Internet. 80% dos jovens internautas preferem os sites de relacionamento, 72% comunicadores instantâneos. 72% dos jovens publicam suas fotos. 51% divulgam o sobrenome além do nome, e 21% afirmam que fornecem livremente o nome da escola e/ou clube que frequentam. É com base nesses dados que percebe-se a vulnerabilidades dos usuários da internet aos cibercrimes.

Por fim, alguns dados divulgados pela Associação contra Pornografia Infantil de São Paulo na III Jornada Estadual contra a Violência e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes (Porto Alegre, 2005), demonstrou alguns traços comuns do sujeito pedófilo, segundo a pesquisa 90% é casado, 70% possui acima de 35 anos, 75% não tem antecedentes criminais, 30% são pais, tio ou avô da vítima. Outros dados interessantes é que, em geral, eles não costumam reconhecer o crime que cometeram e muitos deles possuem nível sócio econômico médio e alto, a maioria exercendo atividades profissionais próximas às crianças. No que tange aos ciberpedófilos as maiorias dessas características podem ser aplicadas no quesito do estado civil, idade e antecedentes criminais.

5. Considerações finais

Sabe-se que no Brasil não existe um crime que se intitule “pedofilia”, já que a pedofilia em si não se caracteriza como crime, tento em vista que se trata de um transtorno de personalidade. São, entretanto as consequências dos comportamentos de um pedófilo que podem ser consideradas crimes. O crime, portanto é o abuso de crianças ou produção de pornografia infantil. Em que nem todos os sujeitos que possuem o transtorno da pedofilia praticam atos criminosos. Nota-se com isso que não há a necessidade de ato sexual entre o pedófilo e as crianças para que uma pessoa possa ser considerada clinicamente um pedófilo, basta apenas que cumpra os requisitos do DSM-IV.

É notório que a pedofilia praticada na internet tem sua maior incidência, segundo as denúncias envolvendo as práticas de pornografia infantil, estão presentes em sites de relacionamentos.

No Brasil, existem leis que abarcam tais condutas porém estão dispersas em vários textos jurídicos, o próprio Código Penal tipifica os atos pedófilos enquadrados nas condutas dos crimes contra a dignidade sexual, acrescidos de qualificadoras contra vítimas menores. Foi realizando também uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar essas práticas.

A frase: “A internet é uma terra sem lei” já não faz mais sentido no Brasil, uma vez que o país avançou na regulamentação do ciberespaço, principalmente com a promulgação de duas leis federais: a Lei nº 12.737/12 que tipifica criminalmente de delitos informáticos e Lei nº 12.965/14 considerada o Marco Civil da Internet.

Quando se trata da ciberpedofilia o grande problema enfrentado não se trata da falta de legislação, mas a identificação dos criminosos (ciberpedófilos), já que a internet proporciona o anonimato e se torna um meio de difícil localização. E quando se trata na identificação desses criminosos, os provedores não vêm colaborando com as investigações de maneira célere, e muitas das vezes não repassam as informações dos usuários que criam perfis falsos, ou que promovem no meio virtual as práticas da pedofilia.

6. Referências

ASSUMPCÃO, Alessandra de Fátima Almeida. **Avaliação das abordagens terapêuticas para agressores sexuais portadores de transtornos parafilicos**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG, 2014.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Diagnostic and statistical manual of mental disorders**. 4th ed. Washington, DC, 2000.

BRASIL. **Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

CROCE, Delton, *et ali*. **Manual de Medicina Legal**. Saraiva, São Paulo, 1995

FELIPE, Jane. Afinal, quem é mesmo pedófilo? **Cadernos Pagu** (26), Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu/Unicamp, 2006, pp.201-223.

MATSUURA, Lilian. A era da tecnologia é também a era da insegurança: entrevista de Renato Opice Blum. In: **Conjur**. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar22/entrevista-renato-opice-blum-especialista-direito-eletronico>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

OLIVEIRA, Bruna Machado de; *et. ali.*. Crimes virtuais e a legislação brasileira. In: **(Re)pensando direito**. Revista do Curso em Graduação em Direito do Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo-EDIESA. Ano 7. n. 13, jan/jun. 2017.

OLIVEIRA, Alessandro Jose de. **Pedofílias: doenças e delitos**. Campinas, SP: [s.n.], 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **CID-10: Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde**. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

RODRIGUES, Alan. SIMAS FILHO, Mário. **Perigo Digital**. Revista ISTOÉ. Nº. 1829. Publicado em: 27/10/2004. Disponível em: . Acesso em: 17 mar. 2018.

SANTOS, Gustavo de Oliveira; ANDRADE, Izabella Lucena Medeiros de; MORAIS, Lucas Andrade de. A Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Fornecedores de Serviço de Acesso à Internet nos "Cybercrimes". **Unieducar**, Fortaleza, ano XI, n. 4880, 20/01/2010. Disponível em: <http://www.unieducar.org.br/artigos.asp?cod=2&id=1139>; Acesso em: 18 mar. 2018.

7. Informações adicionais

A SaferNet define algumas medidas podem ser tomadas pelos pais para evitarem que seus filhos sejam assediados por ciberpedófilos, entre elas estão:

1. Usar o computador e a internet junto com a criança, criando condições para que as crianças lhe mostre os sites por que navega;

2. Instalar o computador em um cômodo comum da casa, ao qual todos tenham acesso;
3. Sempre que puder, verificar as contas dos e-mails das crianças;
4. Procurar saber quais os serviços de segurança usado nos computadores das escolas e das *lan houses* frequentadas por seus filhos;
5. Orientar seus filhos a não se encontrarem com pessoas que conheceram pela internet;
6. Instruir as crianças a não postarem fotos pela internet;
7. Ensinar as crianças a não divulgarem dados pessoais (idade, endereço e telefone) em salas de bate-papo;
8. Dizer às crianças para nunca responderem a mensagens insinuantes ou agressivas;
9. Explicar para as crianças os perigos da pedofilia na internet;
10. Conhecer os amigos que a criança faz no mundo virtual. Assim como podem surgir boas amizades, também podem aparecer pessoas com más intenções;
11. Explicar à criança que muitas coisas vistas na Internet podem ser verdade, mas também podem não ser. Porém a principal delas é que os pais tenha uma comunicação com os filhos, essa conversa entre pais e filhos é a melhor arma contra os perigos da pedofilia na internet.

Notas:

[1] É o termo utilizado para descrever uma atividade ilícita na qual o computador ou algum dispositivo de telecomunicação é utilizado, tanto como parte essencial em um crime, como também quando as redes de computadores são utilizadas para auxiliar a prática de um crime tradicional, já previsto em lei.

[2] Disponível em:
http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2015/17.aspx#.Wski6i7wbIW.
Acesso em: 06 abr. 2018.

[3] Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-4o-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet/>. Acesso em: 06 abr. 2018.

[4] Disponível em:
<https://www.symantec.com/content/dam/symantec/docs/about/2017-ncsir-global-results-en.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2018.

[5] Organização não governamental, sem fins lucrativos, que reúne cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em direito com a missão de defender e promover os direitos humanos na Internet.

[6] Disponível em: <http://www.safernet.org.br/site/jornalistas/pauta/crescend%C3%BAncias-de-pornografia-infantil>. Acesso em: 06 abr. 2018.

APLICAÇÃO DO BANCO DE HORAS NO ÂMBITO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA DOMÉSTICA

**LEONARDO ANDRADE LIMA
VIDAL DE ARAÚJO**

RESUMO: Este estudo pretende abordar as peculiaridades da relação de emprego doméstico, especificamente no que tange à jornada de trabalho e ao regime de compensação de horários, explorando seu caráter singular, *sui generis*. Aborda-se algumas das mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 72, de 02 de abril de 2013, mormente quanto à limitação da jornada de labor. Por fim, analisa-se a compatibilidade do banco de horas com o trabalho desenvolvido no âmbito doméstico após a promulgação da referida emenda constitucional, destacando as dificuldades práticas de sua aplicação, notadamente em relação às formas de controle de jornada e aos obstáculos para a negociação coletiva, procedendo-se, outrossim, a uma análise crítica das disposições trazidas pela LC nº 150/2015.

Palavras-chave: Banco de Horas. Trabalho doméstico. Emenda Constitucional nº 72/2013. Lei Complementar nº 150/2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. EC nº 72/2013 e a limitação da jornada de trabalho. 3. Controle de horários. 4. Negociação coletiva entre patrões e empregados domésticos. 4.1 importância do processo negocial coletivo para a implantação do banco de horas. 4.2 obstáculos à negociação coletiva entre sujeitos da relação empregatícia doméstica. 4.3 da indispensabilidade do título negocial coletivo para a instituição do regime compensatório anual. 5. Análise da lei complementar nº 150/2015. 5.1 celebração do banco de horas por meio de acordo bilateral. 5.2 ausência de limite diário de horas extraordinárias. 5.3 a sistemática do regime de compensação. 5.4 rescisão do contrato de trabalho sem a compensação dos créditos. 6. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

A aprovação da EC nº 72/2013 foi uma conquista para a classe dos empregados domésticos, representando um enorme avanço para os direitos trabalhistas no país, que assume posição de vanguarda no cenário internacional no

que tange a este tema, tudo em sintonia com as diretrizes da Organização Internacional do Trabalho, expressas, principalmente, na Convenção nº 189/2011 e na Recomendação nº 201/2011.

No plano infraconstitucional, as mudanças foram implementadas pela Lei Complementar nº 150/2015, que regulamentou a relação empregatícia doméstica de forma global, sendo que interessam ao presente estudo apenas às questões concernentes à limitação de jornada de trabalho e sua regulamentação.

O estudo da aplicação do banco de horas para a relação de emprego doméstica é tema bastante atual e que ostenta notável importância, considerando o quadro de mudanças socioculturais em que está inserido, tudo no contexto da regulamentação da revolucionária EC nº 72/2013 e da LC nº 150/2015.

Entende-se que a melhor forma de abordar o assunto é discutindo os obstáculos peculiares desse tipo de relação de emprego à limitação de jornada e à compensação de horários e fazendo uma análise crítica dos dispositivos legais que regulamentaram a matéria.

2. EC Nº 72/2013 E A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Seguindo a orientação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, expressa na Convenção nº 189/2011 e na Recomendação nº 201/2011, e enfrentando resistência de setores patronais e da classe média, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 72/2013, trazendo vários direitos à classe dos trabalhadores domésticos, como: garantia de salário nunca inferior ao mínimo para os que percebem remuneração variável (art. 7º, VII); proteção do salário, constituindo crime sua retenção dolosa (art. 7º, X); redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII); reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil (art. 7º, XXX); proibição de discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI) e proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos (art. 7º, XXXIII), entre outros.

Ganha especial relevo para o objeto desse o direito constante no inciso XIII do art. 7º, a mais importante inovação trazida pela EC nº 72: a duração do trabalho normal de até oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Como direitos anexos ao controle da jornada de labor foram contemplados ainda o adicional de hora extra de, pelo menos, 50% em relação à hora ordinária (art. 7º, XVI) e o adicional de hora noturna (art. 7º, IX).

No que toca especificamente à jornada de trabalho e sua compensação, destacam-se dois dos maiores dilemas quando da análise das características sistema a ser implementado para regulamentar o banco de horas no contexto da relação empregatícia doméstica: a especial dificuldade em controlar os horários de trabalho e os entraves que se opõem ao processo negocial coletivo entre os atores sociais protagonistas desta relação de emprego, pontos a serem abordados nos tópicos subsequentes.

3. CONTROLE DE HORÁRIOS

De todos os novos direitos trazidos pela EC nº 72, talvez o mais importante – e também polêmico – seja a limitação de jornada. Através dessa modificação, o legislador deu o importante passo no processo de dignificação do trabalho doméstico, na medida em que este direito proporciona vários outros dele derivados, como direito ao descanso, à prevenção de fadigas e acidentes de trabalho, ao convívio familiar, à organização sindical, além de possibilitar o desempenho de outras atividades, como estudar, praticar esportes, etc.

A polêmica se deve, principalmente, à questão do controle de horário de trabalho do empregado doméstico, em virtude das especificidades na prestação do serviço, quando comparado ao desempenhado por outras categorias profissionais. Com efeito, logo que houve a promulgação desta emenda, surgiram vozes no expressando preocupação neste sentido, afirmando que tais alterações inviabilizariam o labor doméstico.

De fato, é bastante comum que os empregadores se ausentem da residência durante o dia para trabalhar ou resolver problemas pessoais, não sendo possível aos mesmos fazer, de perto, o controle dos horários de chegada, saída e de descanso dos seus subordinados. Igualmente, os patrões que não residem no local onde ocorre a prestação de serviços, a exemplo de casas de campo ou de praia, também

se veem impossibilitados de aferir a quantidade de horas trabalhadas – e descansadas – pelo obreiro.

Controlar o horário de trabalho à distância se tornou um dos desafios a serem superados para a garantir a efetividade do direito à jornada limitada e, conseqüentemente, a horas extras, além de ser indispensável para a instituição de eventual sistema banco de horas.

Outrossim, ganhou relevo a questão dos empregados que residem, ou dormem, no local de trabalho, confundindo, mesclando os momentos de trabalho e descanso entre si, sem observância a qualquer padrão.

Nesse cenário, alertou-se para o potencial perigo que surgiria para os empregadores, em eventuais lides trabalhistas, quando fosse deferida a inversão do ônus da prova das horas extras, que recairia sobre o patrão, o qual não iria dispor de meios idôneos à comprovação da inexistência da sobrejornada^[i]. Este argumento, no entanto, reduz-se a uma falsa preocupação quando confrontado com as normas legais sobre o tema: o artigo 818, I, da CLT, alterado pela Lei nº 13.467/2017, preceitua que “o ônus da prova incumbe ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito”, assim como dispõe o CPC. Neste sentido, e considerando que as horas extras laboradas são fatos constitutivos do direito ao adicional de sobrejornada, cabe ao obreiro provar sua ocorrência.

Seguindo esta linha de raciocínio, colaciona-se o seguinte aresto:

EMENTA: HORAS EXTRAS. TRABALHADOR QUE RESIDE NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA DE CONTROLE DE HORÁRIO. O exercício de tarefas típicas de zeladoria, comum em condomínios e áreas de terra (caseiros), cuja prestação de serviços **ocorre sem controle de horário e fiscalização pelo empregador**, afasta, em tese, o direito à percepção de horas extras. **Cabia ao autor, portanto, o ônus de provar o labor em horário excedente de 44 horas semanais**, por se tratar de propriedade rural na qual ele era o único empregado, **encargo do qual não logrou se desincumbir**^[ii]. (grifou-se)

No que se refere às formas que podem ser utilizadas para se proceder ao efetivo controle, variadas são as soluções propostas. De antemão, é importante ressaltar que o empregador doméstico tem obrigação legal de manter registros de horários, de acordo com o que dispõe o art. 12, da Lei Complementar nº 150/2015

Art. 12. É obrigatório o registro do horário de trabalho do empregado doméstico por qualquer meio manual, mecânico ou eletrônico, desde que idôneo.

Dessa forma, ao adotar mecanismos de registro, mormente no que tange ao livro de ponto e a outras forma de registro manual, o patrão deve atentar para a exatidão quanto às horas e minutos nas anotações, de modo a evitar o estabelecimento de horários-padrão nos cartões de ponto, em consonância com o entendimento sumulado do TST sobre o tema:

Súmula nº 338

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se

**desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-I- DJ
11.08.2003) (grifou-se)**

A tecnologia proporciona diversas alternativas à clássica – e obsoleta – anotação manual nos registros de ponto. A título meramente exemplificativo, destaca-se a ideia de um empresário de Uberlândia, que criou um aplicativo para computadores, celulares *smartphones* e *tablets* (desde que com acesso à *internet*), através do qual o empregado insere uma senha ao chegar e sair do ambiente de trabalho, bem como no início e fim dos horários de descanso, sendo tais informações repassadas instantaneamente para o patrão (contanto que também esteja conectado à *internet*) e armazenadas num sistema informatizado^[iii].

Relógio eletrônico de ponto (com teclado, leitor de código de barras e de crachás), sistema de alarme residencial e a instalação de câmeras constituem outras opções, contudo, mais dispendiosas, considerando os custos de aquisição e de manutenção dos equipamentos, que poderiam onerar demasiadamente o empregador. Ainda, pode-se vislumbrar utilização coletiva pelos empregadores domésticos do sistema de monitoramento condominial como meio de registro de horários.

Enfim, todos os meios idôneos que os recursos tecnológicos podem disponibilizar são alternativas viáveis para o controle da jornada.

O ideal para as partes protagonistas desta peculiar relação de trabalho é encontrar um meio fácil e transparente de controle de jornada, o qual se amolde às necessidades de cada ambiente residencial. Não se pode aceitar, contudo, que este aspecto se torne um obstáculo que inviabilize o direito à limitação de jornada e – por si só – a eventual implantação de um regime de compensação.

4. NEGOCIAÇÃO COLETIVA ENTRE PATRÕES E EMPREGADOS DOMÉSTICOS

Historicamente, a necessidade ou não de prévio entendimento coletivo entre os atores sociais para a instituição do regime de compensação já gerava agudas discussões antes mesmo da expansão das fronteiras compensatórias para abarcar o limite anual, levada a efeito pela Lei nº 9.601/98. Após a promulgação deste diploma legal, o debate sobre o título jurídico autorizador do banco de horas

intensificou ainda mais, repercutindo tanto na seara legislativa, quanto na esfera judiciária e no meio doutrinário, em virtude das severas consequências trazidas por este novo regime, as quais reclamariam a chancela coletiva sindical como forma de proteção aos direitos dos trabalhadores.

A querela que aparentava ter sido pacificada, quando da sedimentação de entendimento do TST no sentido da imprescindibilidade da negociação coletiva para tal fim, através da inclusão do item V na Súmula nº 85 do TST, voltou a ganhar espaço com a aprovação da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que alterou significativamente às normas relativas ao assunto. Assim ficou a redação do art. 59 da CLT após as modificações:

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. [\(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

§ 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal. [\(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001\)](#)

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma dos §§ 2º e 5º deste artigo, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. [\(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses. [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês. [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

Observa-se que foram diferenciadas duas formas de compensação de jornada: a compensação “normal” e o banco de horas, este se subdividindo em individual e coletivo.

Na compensação “normal” ou “ordinária”, as horas extras prestadas em um dia podem ser compensadas em outros, sem o pagamento do adicional, desde que tal encontro de contas ocorra dentro do período de um mês. Nessa hipótese, o instrumento autorizador pode ser acordo individual, escrito ou tácito.

Por outro lado, na modalidade “Banco de Horas” o prazo para compensar varia a depender do instrumento jurídico utilizado para sua formalização: 6 (seis) meses, em caso de acordo individual (necessariamente escrito); ou 1 ano, em havendo negociação coletiva.

Constata-se que, com as mudanças, houve uma diminuição das participações dos atores coletivos na negociação da compensação de jornada, já que: (i) até o período de um mês, qualquer modalidade de acordo individual autoriza a compensação; (ii) divergindo da orientação da Súmula 85, V, do TST (“As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade «banco de horas», que somente pode ser instituído por negociação coletiva”), passou-se a admitir a negociação individual quando o período compensatório não ultrapassar 6 (seis) meses.

A par das disposições celetistas, cumpre esclarecer que o regramento previsto pela Lei Complementar nº 150/2015 para a relação empregatícia doméstica foi significativamente diverso, sendo objeto de análise nos subtópicos a seguir.

4.1 Importância do processo negocial coletivo para a implantação do banco de horas

Em primeiro lugar, faz-se oportuno destacar qual a relevância da intervenção das entidades sindicais no processo de negociação das condições laborais. Em linhas gerais, os sindicatos funcionam atuam na defesa dos interesses coletivos ou individuais dos trabalhadores, prestando-lhes assistência, fornecendo-lhes informações, instruindo-os em questões administrativas e jurídicas, dentre outras medidas.

No âmbito do processo negocial, o sindicato tem a relevante função de representar o equilíbrio nas forças contrapostas, na medida em que, ao atuar com prerrogativas especiais, constitui real instrumento de pressão, atribuindo ao obreiro ampliação no seu poder de exigir, de barganhar, perante o empregador, a quem se encontra jurídica e – na grande maioria dos casos – economicamente subordinado. A atuação do sindicato se apresenta, assim, como efetiva garantia ao obreiro frente à imposição do poder patronal. Entender em sentido contrário significa dar margem à instituição normas abusivas, representando verdadeiro retrocesso social.

A Função negocial foi conferida a estes entes sindicais, justamente, em virtude da proteção que os mesmos proporcionam aos trabalhadores na busca por melhores condições de trabalho, que, ao atuarem de forma isolada, estariam sujeitos, de forma mais acentuada, a injustas perseguições por parte do poder patronal.

Nesse sentido, o princípio da interveniência sindical na normatização coletiva, consagrado no art. 8º, VI da CF/88, se reveste de salutar importância porquanto visa a assegurar a equivalência entre as partes com interesses adversos, “evitando a negociação informal do empregador com grupos coletivos de obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática^[iv]”, que pode resultar em considerável decréscimo na proteção jurídica destinada ao trabalhador.

De acordo com o referido princípio, portanto, apenas com a intervenção do sindicato obreiro é que se pode instituir norma jurídica coletiva autônoma, sendo certo que qualquer outro ajuste de vontade, do qual não participe esta entidade sindical, constitui mera cláusula contratual, que não tem o condão de estabelecer

direitos laborais inferiores aos patamares mínimos previstos pela legislação, tendo em vista o princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

No que tange ao regime compensatório anual, a necessidade da atuação do sindicato se revela ainda mais importante, haja vista todas as consequências gravosas que dele advém. Não obstante, conforme será melhor abordado em tópico próprio, mais adiante, a LC nº 150/2015 erigiu como título jurídico autorizador da implantação do banco de horas o mero acordo bilateral escrito entre empregado e patrão.

4.2 Obstáculos à negociação coletiva entre os sujeitos da relação empregatícia doméstica

Antes das modificações imprimidas pela EC nº 72/2013, não havia reconhecimento jurídico às convenções e acordos coletivos de trabalho celebrados entre os sindicatos dos trabalhadores domésticos.

Por sua vez, os artigos da CLT que regulam a atuação e o funcionamento sindical não se aplicam a este grupo de obreiros, por força do art. 7º, *a*, desta lei. Dessa forma, a entidade sindical representativa dos empregados domésticos não pode celebrar ACT e CCT na forma do artigo 611; também não faz jus ao imposto sindical previsto nos artigos 578 e seguintes. Não goza, assim, das prerrogativas nem dos poderes sindicais, faltando-lhe legitimação sindical, podendo ser equiparado a uma associação[v].

Nesse toar, em que pese ser possível a criação de sindicatos de trabalhadores domésticos desde a CF/88, que adotou a liberdade sindical – ainda com resquícios de intervencionismo estatal, é verdade – findando o paralelismo (pelo qual deveria haver vinculação entre os sindicatos dos trabalhadores com o ramo econômico correspondente), a atuação destes se mostrava bastante limitada, inócua, visto que desprovida das prerrogativas e poderes característicos. Deriva dessa inocuidade a escassa quantidade de sindicatos registrados no Ministério do Trabalho e Emprego, que somavam, antes da EC nº 72/2013, apenas 45 sindicatos de empregados domésticos e quatro patronais[vi], num país de dimensões continentais, que conta com mais de sete milhões de trabalhadores domésticos[vii].

Outro fator que explica esses baixos números consiste na dificuldade de organização, tanto dos empregados, como dos patrões. Do lado dos obreiros, deve-se, especialmente, às peculiares condições de trabalho, mormente o isolamento em domicílios privados, e às longas e exaustivas jornadas. No que concerne aos empregadores, a dificuldade principal reside no fato de que estes não possuem interesses em comum tão claros, nítidos – como o são os fins econômicos visados pelas empresas – a ponto de inspirar uma ligação espontânea entre si. A situação na residência de cada empregador é tão particular que a criação de um sindicato para representá-los pode acarretar o estabelecimento de um vínculo artificial.

Ademais, outro problema grave se apresenta: a possível falta de representatividade dos sindicatos, os quais, tendo em vista a dificuldade em identificar pormenorizadamente tanto empregados quanto empregadores de determinada área territorial, podem carecer de legitimação social. Fato este que demanda rigoroso processo de registro sindical, com o fito de evitar a atuação de organizações irregulares ou ilegítimas.

4.3 Da indispensabilidade do título negocial coletivo para a instituição do regime compensatório anual

Com a promulgação da nova emenda, contudo, o panorama mostrou-se completamente diferente: em apenas um mês, pelo menos dez editais de convocação para criação de sindicatos no setor foram publicados no Diário Oficial da União[viii]. Outro passo importante foi a celebração, em 26 de agosto de 2013, da primeira convenção coletiva do país envolvendo o setor, documento assinado entre a Federação dos Empregados e Trabalhadores Domésticos do Estado de São Paulo e o SEDESP (Sindicato dos Empregadores Domésticos do Estado), sendo reconhecido como válido pela Superintendência Regional do Trabalho[ix]. Esta CCT evidencia a real possibilidade do processo negocial coletivo entre os atores sociais em questão, através da organização dos interessados para formar entidades sindicais sólidas e que representem de forma efetiva os membros das quais fazem parte.

Insta salientar que um dos objetivos perseguidos pela Convenção Internacional nº 189, é proporcionar, para os trabalhadores domésticos, “*a liberdade de associação, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva* (artigo 3, item 2a)[x]”. A Recomendação nº 201 especifica

algumas medidas a serem tomadas pelos Estados para alcançar este fim, como identificar e eliminar restrições legislativas, administrativas ou outros obstáculos burocratizantes, bem como adotar meios para fortalecer a capacidade de organização dos trabalhadores, primando pela independência e autonomia das entidades sindicais (item 2^a)[\[xi\]](#).

Ante os argumentos expostos, não se afigura razoável dispensar da chancela sindical – e desprezar, assim, o manto protetivo que dela advém – a implantação de regime de compensação de jornada que ultrapasse o limite máximo em que se garante mínima proteção à saúde e ao bem-estar do trabalhador – que aqui se entende ser o parâmetro intrassemanal – no contexto do trabalho doméstico. Defender posição contrária representa claro retrocesso social, tendo em vista o tormentoso processo de construção doutrinária e jurisprudencial que pacificou o entendimento pela imprescindibilidade de negociação coletiva para a mesma finalidade nas relações empregatícias sujeitas ao estatuto normativo celetista.

5. ANÁLISE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 150/2015

A Lei Complementar nº 150/2015 regulamentou os novos preceitos trazidos pela EC nº 72/2013, adequando o estuário normativo legal à vigente ordem constitucional.

Dentre as várias matérias abordadas, está a jornada de trabalho do empregado doméstico, incluindo seu regime de compensação, tema central do presente estudo. O tema foi abordado, principalmente, nos artigos 2º, 3º, 10 e 11 do projeto. Vale ressaltar, todavia, que o artigo 3º, por cuidar do trabalho a regime de tempo parcial, e o artigo 10, por abordar a jornada de 12x36 horas, não serão objeto de análise, pois não se relacionam – pelo menos não diretamente – com a temática do banco de horas.

Antes de passar ao exame do modelo compensatório adotado na Lei, é de bom alvitre destacar que o legislador, na esteira do mandamento constitucional, estabeleceu como jornada normal de labor oito horas diárias, com módulo semanal compreendendo 44 horas (art. 2º, *caput*). Igualmente, o adicional das horas extraordinárias previsto também coincide com o fixado

Nos §§ 2º e 3, indicou-se, ainda, como calcular o valor do salário-hora – que se obtém a partir do dividindo o salário mensal pelo divisor 220, desde que não estipulada jornada inferior à padrão – e do salário-dia – dividindo-se o salário mensal por 30 – para os empregados mensalistas.

5.1 Celebração do banco de horas por meio de acordo bilateral

O §4º do artigo 2º da LC nº 150/2015 assim dispõe:

§ 4o Poderá? ser dispensado o acréscimo de salário e instituído regime de compensação de horas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, se o excesso de horas de um dia for compensado em outro dia.

Inferre-se da redação do dispositivo acima transcrito que o legislador optou por dispensar a chancela coletiva sindical para efeito de implantação do regime compensatório (*lato sensu*) entre patrão e empregado. A orientação adotada despreza todo o valor protetivo proporcionado ao trabalhador, polo mais fraco da relação empregatícia, agregado pela participação da entidade sindical de base nas negociações coletivas, mormente quando se trata de medida que, em aspectos gerais, precarizam as condições de trabalho.

É de salutar importância frisar que a compensação intrasemanal de horários – pela qual, comumente, suprime-se o labor sabatino ou nos chamados dias-ponte, através da concentração de mais horas de trabalho em uma quantidade menor de dias, seguida, porém, de um alongado período de descanso, no qual o empregado pode dispor de mais tempo para suas atividades particulares, não-laborais – traz, de regra, benefícios ao próprio empregado. Ao revés, o regime de compensação cujas fronteiras se distanciem deste parâmetro temporal, atingindo patamares longínquos, como meses ou até 1 ano, prejudica de forma significativa a saúde do trabalhador, por força do desgaste físico e psicológico que o acúmulo de corriqueiras jornadas extenuantes, sem o contrapeso do respectivo período de repouso prolongado, pode acarretar.

Desta maneira, também no âmbito do emprego doméstico, em que pesem suas peculiaridades, a instituição de sistema de compensação de horas adotando parâmetros temporais que têm o condão de provocar significativa desproporção na relação “trabalho-descanso” deve ser precedida de negociação coletiva, como

garantia mínima aos direitos do obreiro. Por outro lado, mero acordo bilateral escrito deve ser suficiente para a pactuação de regime benéfico ao empregado, a exemplo da compensação intrasemanal.

Seguindo a mesma linha de pensamento, a assistente jurídica da Federação do Sindicato das Domésticas de São Paulo, Camila Francisca Ferrari, já se manifestou contrária à discriminação trazida pela Lei, que proporciona proteção jurídica inferior à classe dos trabalhadores domésticos, quando comparada com as demais[xii].

5.2 Ausência de limite diário de horas extraordinárias

A redação da Lei peca ao não fazer alusão a qualquer limite temporal para as horas laboradas em regime de sobrejornada.

A omissão pode ensejar consequências severas em detrimento da saúde, da integridade física e psicológica do empregado doméstico, indo de encontro às normas de saúde e segurança do trabalho, de ordem constitucional. Neste ponto, cabe invocar o sábio pensamento sustentado pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho –ANAMATRA, em nota técnica (com data de 28/05/2013) dirigida ao Senado Federal, *in verbis*:

Tratando-se, com efeito, de matéria que diz com a integridade psicossomática do trabalhador, não está sequer suscetível a flexibilizações no plano de autonomia coletiva, por configurar *matéria de ordem pública* (e, logo, decorrer de *normas jurídicas de absoluta indisponibilidade*). Nessa medida, por se tratar do núcleo irreduzível de um direito humano fundamental (o direito à saúde), tampouco o legislador ordinário pode relativizar, sob pena de inconstitucionalidade, por violação da garantia constitucional de conteúdo mínimo[xiii]

5.3A sistemática do regime de compensação

A lei trouxe um tratamento diferenciado entre as primeiras 40 horas extras trabalhadas dentro do mês e as demais que ultrapassarem este limite. Nesse ínterim, a redação do §5º do art. 2º da Lei dispõe:

§ 5o No regime de compensação previsto no § 4o:

I – será? devido o pagamento, como horas extras, na forma do § 1o, das primeiras 40 (quarenta) horas mensais excedentes ao horário normal de trabalho;

II – das 40 (quarenta) horas referidas no inciso I, poderão ser deduzidas, sem o correspondente pagamento, as horas não trabalhadas, em função de redução do horário normal de trabalho ou de dia útil não trabalhado, durante o mês;

III – o saldo de horas que excederem as 40 (quarenta) primeiras horas mensais de que trata o inciso I, com a dedução prevista no inciso II, quando for o caso, será? compensado no período máximo de 1 (um) ano.

Infere-se da leitura atenta do trecho destacado que se criou um sistema *sui generis*, subdivido em dois regimes. Com efeito, até o limite de 40 horas extras, opera-se uma espécie de compensação mensal, visto que o montante de horas que não for deduzido por meio de folgas ou redução na jornada deverá ser pago no mês subsequente com o devido adicional de 50%. As horas que ultrapassarem o referido teto passam a compor o regular sistema de créditos e débitos, característico do banco de horas, para serem compensadas no prazo máximo de 01 ano.

Percebe-se como positivo a criação desse novel sistema, já que, na prática, relega-se ao segundo plano a compensação anual para a compensação dos horários, muito mais prejudicial quando comparada ao parâmetro mensal.

No que tange ao prazo anual para compensar o montante que exceder as primeiras 40 horas extras do mês, cabe destacar que a ANAMATRA sugeriu, na segunda nota técnica (datada de 04/06/2013) enviada ao Senado Federal, ainda durante a tramitação do Projeto de Lei, a redução do prazo máximo para três meses, tendo em vista as peculiaridades do emprego doméstico, em especial no que se refere à dificuldade de controle, pelos sujeitos desta relação laboral, de um sistema demasiadamente largo de réditos e débitos de horas[xiv].

Enfim, é importante destacar a Lei em epígrafe regulamentou hipóteses especiais nas quais o empregado acompanha o patrão prestando serviços em

viagem (artigo 11). Nessas situações, julgou o legislador oportuno considerar como tempo de labor apenas as horas efetivamente trabalhadas, a serem remuneradas com adicional de 25% sobre o valor normal do salário-hora, caso o trabalhador não optar por transformá-lo, mediante acordo, em crédito no banco de horas. O tempo de serviço dispendido em regime de sobrejornada segue os moldes de compensação do artigo 2º.

5.4 Rescisão do contrato de trabalho sem a compensação dos créditos

À semelhança do regramento celetista, a LC nº 150/2015 dispõe que, caso se dê a ruptura do pacto laboral sem a devida compensação das horas extras acumuladas, deverão estas ser pagas com o devido adicional (art. 2º, §6º). Dessa forma, mais uma vez resta prejudicado o obreiro, considerando que, além de não ter recebido a folga compensatória, receberá a destempo o adicional a que faz jus, porquanto deveria ter sido remunerado no mês subsequente ao labor em regime de sobrejornada, não fosse a pactuação do banco de horas.

Igual crítica manejada em face do texto celetista pode ser redirecionada ao diploma legislativo em análise, que se omite quanto à hipótese de a ruptura do pacto ocorrer com débito para o empregado. Seguindo essa linha de raciocínio, defende-se que, em tais casos, o empregador poderá compensar os respectivos valores com outras parcelas trabalhistas devidas, sob pena de enriquecimento indevido do obreiro, aplicando-se analogicamente o limite previsto no artigo 477, §5º da CLT.

6. CONCLUSÃO

A Convenção nº 189 e a Recomendação nº 201, ambas do ano de 2011, mostraram à comunidade internacional o posicionamento da OIT sobre o tema direitos dos trabalhadores domésticos, tencionando dignificar e humanizar a relação de emprego doméstico. Diante da pressão interna e internacional, o Brasil promulgou a Emenda Constitucional nº 72, em abril de 2013, que representou a maior conquista desde o reconhecimento do labor doméstico como relação de emprego.

Dentre os novos direitos assegurados, destaca-se a limitação da jornada de trabalho, prevista no inciso XIII da CF/88, que possibilita a instituição do

respectivo regime de compensação. Considerando que a CLT não se aplica aos domésticos, esse sistema demanda regulamentação infraconstitucional, tarefa que coube à Lei Complementar nº 150/2015.

O que restou constatado da análise da Lei, contudo, foi que foram utilizadas as peculiaridades do labor doméstico, tais como a dificuldade de controle de horários e os obstáculos à negociação coletiva, como fundamento para legitimar discriminações em relação às demais categorias, regidas pelo estatuto celetista.

Com efeito, previu-se a dispensabilidade do título negocial coletivo – e toda a proteção que dele advém – para a implementação do banco de horas, qualquer que seja o período de compensação, apoiando-se no falso argumento de que os empregados e patrões domésticos não têm condições de se organizarem coletivamente. Demonstra a falácia de tal discurso, a Convenção coletiva firmada entre o Sindicato das Empregadas e Trabalhadores Domésticos da Grande São Paulo – SINDOMÉSTICA/SP – e o Sindicato dos Empregadores Domésticos do Estado de São Paulo – SEDESP, primeira do seu gênero no país.

Ademais, a repetição de disposições prejudiciais trazidas ao mundo jurídico pela lei nº 9.601/98, tendo como maior exemplo o limite anual para o “ajuste de contas”, pode acarretar sérios déficits aos direitos trabalhistas dos empregados domésticos.

Isto posto, reconhece-se o importante avanço dado pelo Brasil no trato da questão do trabalho doméstico, levado a efeito pela EC nº 72/2013. No que tange à regulamentação infraconstitucional do tema, defende-se, todavia, mudanças na LC nº 150/2015, a fim de eliminar os instrumentos de discriminação a esta tão sofrida classe de trabalhadores, que representam verdadeiro retrocesso social.

REFERÊNCIAS:

[i] MARTINS, Ricardo Ferreira. **Inovações da emenda constitucional nº 72 e sua influência no controle da jornada de trabalho do empregado doméstico.** Disponível em: . Acesso em: 04, dez., 2012.

[ii] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0011900-37.2000.5.04.0941. Recorrentes: Valdemar Vieira da Silva e Suely Lopes. Recorridos: Os mesmos. Relator(a): Desembargadora convocada Denise. Rio Grande do Sul, 10 mar 2003. Disponível em: . Acesso em: 04 dez., 2013.

[iii] LEAL, Leandro. Patrões podem usar vários meios para controlar jornada de empregados domésticos. **Correio de Uberlândia**, 23 abr., 2013. Disponível em: . Acesso em: 04 dez., 2013.

[iv] DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 54.

[v] CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2010, pp. 385-386.

[vi] ACAYABA, Cíntia e NÉRI, Felipe. Patrões e domésticas se mobilizam para criar sindicatos após emenda: promulgação de emenda constitucional completa um mês nesta quinta. Desde então, se iniciaram processos de ao menos dez novos sindicatos. **GI**, 02 mai., 2013. Disponível em: . Acesso em: 10 jan., 2014.

[vii] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Entra em vigor a convenção sobre trabalho doméstico da OIT. Disponível em: . Acesso em: 10 jan., 2014.

[viii] ACAYABA, Cíntia e NÉRI, Felipe. Patrões e domésticas se mobilizam para criar sindicatos após emenda: promulgação de emenda constitucional completa um mês nesta quinta. Desde então, se iniciaram processos de ao menos dez novos sindicatos. **G1**, 02 mai., 2013. Disponível em: . Acesso em: 10 jan., 2014

[ix] Disponível em: . Acesso em: 10 jan., 2014.

[x] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 189/2013**. Convenc^oa?o sobre o trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores dome^ssticos. Disponível em: . Acesso em: 10 jan., 2014.

[xi] Idem. **Recomendação nº 201/2013**. Recomendação sobre o trabalho dome^stico decente para as trabalhadoras e os trabalhadores dome^sticos. Disponível em: . Acesso em: 10 jan., 2014.

[xii] HORA DO POVO. Domésticas defendem que banco de horas seja negociado com sindicato. Disponível em: . Acesso em: 12 jan., 2014.

[xiii] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nota técnica. 28/05/2013. Disponível em: . Acesso em: 12 jan., 2014.

[xiv] Idem. Nota técnica. 04/06/2013. Disponível em: . Acesso em: 12 jan., 2014.

A TEXTURA ABERTA E SUAS CONSEQUÊNCIAS ESTUDO DO FILOSOFIA LEGAL DE HART

SOFIA RAMOS SAMPAIO: Graduada em Direito pela UFPE. Pós Graduanda em Direito Processual Tributário pela UFPE. Pós Graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET.

RESUMO: O presente artigo procura fazer uma análise acerca da interpretação das regras jurídicas sob o ponto de vista da teoria da interpretação das regras e a teoria da textura aberta do autor Herbert Hart.

SUMÁRIO: 1. Introdução – Legislação e Precedente. 2. Textura Aberta. 2.1 Textura Aberta e Legislação. 2.2 Textura Aberta e Precedente. 3. Ceticismos Sobre as Regras. 4. Decisão Jurídica – Definitividade e Infalibilidade. 5. Regras de Reconhecimento. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO – LEGISLAÇÃO E PRECEDENTE

A interpretação das leis sempre foi um tema corrente nos estudos jurídicos devido a sua importância para a compreensão global do que é um sistema legal.

Antes de estudar o ato de interpretar a lei, é preciso que se suponha ser a lei um possível alvo de interpretação, portanto, para que isso assim seja, é preciso que a lei, em sua estrutura, esteja organizada de tal maneira que permita essa possível interpretabilidade. Depois de confirmada essa estrutura passível de interpretação, a atenção do estudioso desloca-se para o estudo das diversas maneiras possíveis de interpretação da lei.

Nesse estudo presente, será feita uma análise, sob o ponto de vista do autor Herbert Hart, sobre a teoria da interpretação das regras. Como se verá, Hart pressupõe uma estrutura da lei, chamada de textura aberta, que permite que haja uma forte interpretabilidade das regras por parte dos juízes. Depois de estudada esta estrutura, Hart falará dos diversos ceticismos sobre as regras e da decisão judicial, consequência diretas da existência da textura aberta das leis.

Para o autor Brian Bix, uma das preocupações principais de Hart é o controle social dado através das leis[1]. Então, não é se de espantar, que Hart comece seu estudo em *O Conceito de Direito* definindo como deve se dar esse controle.

Hart defende que o controle social deve ser dado através de regras gerais, padrões e princípios, portanto, via classificações gerais e não particulares. Essa generalidade das regras é fundamental para que variados casos particulares possam ser objeto de controle social. Seguindo esse pensamento, Hart distingue duas maneiras principais de existência desse controle: através de “examples, analogous to precedent, and verbal instructions, analogous do legislation”[2].

A comunicação dos padrões de conduta através do exemplo, *precedente*, quando comparada a das instruções verbais, é muito menos clara e determinante[3]. Isso se dá porque, quando alguém (autor, dotado de autoridade) diz a um outro alguém (agente) que sua conduta deve ser seguida, o agente pode não saber exatamente o que fazer ou que conduta deve imitar, logo, acaba por ser guiado pelo senso comum e pelo ambiente circunstancial em que está no momento do ato, fatores que são muito variáveis, o que explícita ainda mais o alto grau de dúvida e incerteza que existe na comunicação de padrões de conduta através de exemplos.

Já a comunicação desses mesmos padrões através de instruções verbais, *legislação*, é bem mais clara e determinada pois, a conduta que deve ser seguida está escrita, e descreve com clareza a ação que deve ser tomada em dado momento. O agente não precisa mais deduzir através de elucidações o que deve fazer, basta interpretar e reconhecer o que está escrito como sendo o padrão correto para o momento tal. Resumindo nas palavras de Michael D. Bayles:

“There are, Hart says, primarily two methods for communicating standards or norms of conduct – rules and examples. [...] Rules use general classifying words. Examples use few general classifying words; instead they rely on analogy and comparison with a standard case”[4].

Contudo, depois de expor essas duas ideias, Hart mostra que a distinção entre elas, na jurisprudência do século XX, já não é tão aceita quanto parece ser[5]. Ele mostra que, também a comunicação através de uma linguagem dotada

de autoridade, é incerta e deixa dúvidas pois a linguagem geral, ela própria, é suscetível a dúvidas. Uma regra geral só é claramente aplicável à um caso real quando esse caso é um caso simples, ou seja, um caso em que as expressões linguísticas são perfeitamente aplicáveis, ou, dito de outra maneira, um caso que se adequa claramente ao que é dito pela regra, seja pela sua adequação aos termos, seja pelo consenso que se tornou devido a sua ocorrência. Sobre esse último ponto, Hart diz os classifica de casos familiares, na explicação de Bix:

“Sometimes the extension of a general term from the original paradigm case to a different case is clear, not because there are no differences between the two cases, but because the problem of extension has come up many times before, and a consensus has developed as to whether the term should apply”^[6].

Outros casos que não os simples, gerarão dúvida a respeito da aplicação ou não da regra.

Daí conclui-se os porquês das regras verbais, mesmo que um tanto mais precisas, serem incertas como o precedente: primeiramente porque a conclusão tirada da linguagem geral não é necessariamente a coisa certa a se fazer; o que está escrito se comporta mais como um exemplo delimitado linguisticamente, e cuja interpretação pelo agente pode ser tão enganadora e dúbia quanto no caso do precedente. Em seguida, porque, para se adequar esta regra escrita à outro caso que não seja um caso simples, o agente deve, através de uma escolha (poder discricionário), considerar se o caso presente se assemelha suficientemente ao caso descrito ou não.

Considerar-se-á cada uma dessas formas de comunicação de padrões, legislação e precedente, sob a perspectiva do conceito de *textura aberta*.

2. TEXTURA ABERTA

A textura aberta reside exatamente na incerteza de aplicação tanto do precedente quanto da legislação, vistos acima. Segundo Hart, essa incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais.

Este conceito de textura aberta, utilizado por Hart, foi introduzido no pensamento filosófico por Wittgenstein quando esse fez um estudo sobre a linguagem e a gramática. Posteriormente, o conceito foi aprofundado por Waismann.

1.2. Textura Aberta e Legislação

Primeiramente ligaremos o conceito de textura aberta às leis, à legislação. A textura aberta das leis são “qualities of rules which follow from the fact that rules are framed and stated in ordinary natural languages by the use of general words and phrases”^[7]. O uso da linguagem é intrinsecamente dotado de textura aberta, e mesmo que fosse feita uma regra tão detalhada que não houvesse possibilidade de não saber quando deveria se aplicar ou não, ainda assim, haveria a incerteza. Segundo Hart, é da natureza humana a relativa ignorância dos fatos, e a impossibilidade de pré-determinabilidade da finalidade, pois este não é um mundo perfeito. Waismann tem uma passagem interessante sobre esse fato:

“Try as we may, no concept is outlined in such a way that there is no room for any doubt. We introduce a concept and limit it in *some* directions; [...] This suffices for the most practical purposes, and we do not probe any farther. We *forget* that there are other directions in which we have not limited our concept. [...] Are our concepts therefore incomplete, inexact? But when then would be an exact concept? One which anticipated all cases of doubt, one which is outlined with such precision that every nook and cranny is blocked against entry of doubt? But then we have to own, that *no* concept satisfies this demand; and we begin to see that there is something utopian in the demand for absolute precision”^[8].

Para Hart, essa indeterminação de finalidade acontece antes de se determinar o *núcleo* da regra. Esse é mais um conceito de Hart, a qual deve-se dar atenção. Para esse pensador, toda regra tem um núcleo, a parte clara da regra, que deve está presente no ato para que esse possa ser identificado com a regra, é a parte *certa* da regra. E, juntamente com o núcleo, existe uma parte de penumbra, onde a regra já não é tão determinada. Esse conceito é melhor entendido se

explicado o exemplo que o próprio Hart oferece: Supõe-se que uma lei local proíbe veículos de entrarem no parque público da cidade. Ao se analisar essa regra, compreende-se que o veículo está diretamente ligado ao termo automóveis e não aos termos “banana” ou “cachorro”. Mas, já não é tão claro se esse termo refere-se ou não, também, à bicicletas. Ora, as bicicletas também são um meio de transporte. Nesse caso, o agente teria que considerar se o caso presente tem similitudes suficientes ao núcleo da regra para configurar-se ou não como sendo parte da mesma. Hart afirma que todo termo geral tem um núcleo central de significado determinado, e uma “penumbra” ao redor, de significado indeterminado. Todo item que se aplique diretamente ao núcleo do termo, é verdadeiro, nesse caso, automóvel está ligado diretamente à veículo; todo item que extrapolar até mesmo a parte da penumbra, é falso, nesse caso, os itens “banana” e “cachorro”; e todos os itens que são contemplados pela penumbra não são nem verdadeiros, nem falsos, nesse caso, o item bicicleta. Hart continua dizendo que, para que os tribunais possam resolver casos de penumbra, eles precisam desenvolver as regras. Ou seja, o fato de decidir, escolher, se bicicletas fazem parte de veículos ou não vai expandir o núcleo da regra, determinando-o ainda mais. Essa regra reformulada vai ser, assim, capaz de resolver casos similares^[9]. Assim, determina-se a finalidade da regra.

Uma maior ou menor abertura em relação a esse tipo de escolha externa à regra vai ser definida a depender do sistema jurídico em questão. Em geral, procura-se dar uma menor abertura. Um dos meios de restringir essa possibilidade de escolha externa é justamente definir o núcleo primário da regra. Tal como definir o item “veículo” como sendo o núcleo da regra exemplificada acima. A perfeição deste processo, Hart chama-o de “paraíso de conceitos”, quando o significado-núcleo dado a um termo, em uma aplicação particular, será o mesmo significado-núcleo deste termo em todo o sistema jurídico. Mas, apesar da possibilidade de discordância dos sistemas jurídicos nesse ponto, todos respeitam, de uma forma ou de outra, duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras gerais de aplicabilidade segura, sem se precisar ponderar sobre elas, e a necessidade de deixar abertura para escolha futura sobre questões que só podem se analisadas quando efetivadas. Novamente, depende do sistema jurídico que nível de enfoque casa uma dessas necessidades vai ter.

Notando-se que essas duas necessidades descritas acima são dois extremos frutos da incapacidade humana de antecipar acontecimentos, os sistemas jurídicos criam técnicas para regular essas condutas variáveis.

A primeira técnica seria traçar padrões bem amplos (para os casos muito variáveis) e delegar um corpo administrativo para moldar essas regras às necessidades do caso específico. Vale ressaltar que os casos não contemplados por essas regras são muitos, o que acaba fazendo com que o corpo administrativo exerça um importante poder discricionário, onde nunca há uma única resposta correta. A segunda maneira de regular os extremos dessas necessidades seria através da razoabilidade da ação. Quando é impossível pré-determinar um padrão base para a regra, por mais amplo que seja, recorre-se ao que é razoável fazer na ação, ou ao chamado, no inglês, *due care*. “Due care is a duty imposed on each one of us to protect society from unnecessary danger”^[10]. Nesse caso, cabe ao indivíduo ser razoável no momento da ação sem nem mesmo conhecer quais as especificações exigidas para aquela ação pois, a especificação do padrão exigível só é dado a posteriori, nos tribunais, depois de violado. Segundo Neil MacCormick: “Over and above the cases of “open texture” where general terms fail to have clean-cut edges, there are cases of vagueness where, for example, a common law rule of statute imports some general standard such as that of ‘reasonableness’ or ‘fairness’”^[11]. Pode não ficar claro o significado de diligência devida, ou *due care*, mas a definição é simples: diligência devida é uma ação realizada tendo em vista a tomada de certas precauções que evitarão qualquer mal, e que, ao mesmo tempo, não prejudicarão nenhum interesse importante. Diligência devida, é, então, o mesmo que ‘o que é razoável’. Portanto, nos casos em que não houver especificação sobre como se deve agir, deve-se guiar pela diligência devida, e, em caso de violação, os tribunais decidirão, a posteriori, o que é exigível nesses casos, qual é a finalidade da regra.

As técnicas expostas acima são referentes às condutas indeterminadas e variáveis. É um pouco diferente quando se fala em condutas controladas com êxito, condutas que são de tamanha importância prática que seu reconhecimento e identificação com a regra são imediatos. O que importa nesses casos é, então, que haja um processo facilmente identificável e uniforme na regra, e também que haja adesão pois, uma grande adesão determina que certas circunstâncias que ainda desafiam a lei, sejam vistas como exceções e sejam reduzidas às regras.

2.2. Textura Aberta e Precedente

Até o momento presente, só se abordou a textura aberta das regras no tocante as regras da legislação, ou regras escritas. Faz-se, então, necessário, ligar o

conceito de textura aberta ao precedente. Aqui, as indeterminações das regras são mais complexas. Sabe-se que o precedente funciona como autoridade de uma determinada regras mas, não há um único método para reconhecer qual é a regra a qual esse precedente funciona como autoridade. Essa é a primeira observação que se faz quando se trata de textura aberta no precedente. A segunda afirma que não há nenhuma formulação unicamente correta ou dotada de autoridade da regra extraída do caso, só uma escolhida, e a última observação diz que, seja qual foi a autoridade da qual foi emanada a regra do precedente, ela, ainda assim, é suscetível ao exercício dos tribunais pois: - Os tribunais podem decidir de forma oposta ao precedente. – Os tribunais podem ampliar a regra para que ela se torne aplicável um caso específico.

Conclui-se que a textura aberta consiste em um espaço de penumbra da regra que está suscetível à interpretação dos tribunais quando se defrontam com um caso específico que deve ser interpretado para que se adeque à regra. Sobre a textura aberta

“Hart added that the ‘open texture’ of legal rules should be considered an advantage rather than a disadvantage, in that it allows rules to be interpreted reasonably when they are applied to situations and to type of problems that their authors did not foresee or could not have foreseen”[\[12\]](#).

O papel dos tribunais é de extrema importância, visto que não só interpretam, mas criam leis. Nas palavras de Neil MacCormick: “In modern legal opinion it has become a more or less commonplace view that in deciding such problem cases judges do not simply find and apply law, they make it”[\[13\]](#).

É esta característica das leis, a textura aberta, que abre caminho ao próximo problema: o ceticismo sobre as regras. É porque existe a textura aberta, que existem os céticos em relação as leis, que afirmam que as regras são aquilo que dizem os tribunais.

3. CETICISMOS SOBRE AS REGRAS

Hart classifica três correntes céticas e nega todas elas. Os ceticismos formam suas teorias tendo por base a ideia de textura aberta das regras.

(1) O primeiro ceticismo sobre as regras baseia-se na crença de que as regras resumem-se às decisões dos tribunais, portanto, nega a existência de qualquer regra legal. Hart nega essa premissa pois, é necessária a existência de regras para que se tenha um tribunal dotado de autoridade. Uma variante dessa, mais moderada, aceita as regras que estabelecem os tribunais, mas nega todas as outras ao dizer que, as leis não são direito até que sejam aplicadas pelos tribunais. Hart também a nega.

As teorias do ceticismo também são inválidas se observadas do ponto de vista social. A sociedade se conduz de acordo com o direito, o direito como sendo padrões jurídicos de comportamento, e não como hábito ou predições das decisões dos tribunais. Até porque, os padrões jurídicos de comportamento são vistos pela sociedade como sendo estáveis, algo que dita como deve ser as condutas, e que faz com que os indivíduos sigam uma linha de comportamento certa.

No tocante a teoria da função das regras na decisão judicial, os céticos têm uma posição plausível; afirmam que os juízes não estão sujeitos nem vinculados às regras, e que, assim, para os tribunais, não há um padrão de comportamento judicial correto, não havendo, portanto, nada característico, do ponto de vista interno, a aceitação das regras por parte dos mesmo. Assim eles podem, ao decidir um caso, restringir ou alargar qualquer limite de qualquer conceito para que seja resolvido o caso da maneira que mais convir, já que não estão vinculados a nenhuma outra regra que os restrinja.

Para explicar o cético e sua posição diante desse problema, Hart diz que o cético só pode ser um absolutista desapontado cujas ideias sobre o que é necessário para a existência de uma regra são ideais inatingíveis que quando descobertas não atingíveis pelas regras existentes, o cético nega que haja regras. O cético é um extremista, ou as regras seguem o padrão formalista, ou não existem regras. Argumentar desse modo, diz Hart, é ignorar que uma regra ainda é uma regra mesmo com exceções inesperadas. Uma regra que termina com “a menos que...” é ainda uma regra. Sobre esse extremismo, Hart afirma que a verdade sobre as regras reside no meio das ideias do formalismo e do ceticismo, não se resumindo a nenhuma delas.

(2) A segunda forma de ceticismo “rests on a confusion between a person’s following rules and certain psychological considerations”^[14]. Distingue-se, aqui,

entre um comportamento genuinamente observante da regra, ou seja, quando se faz uma ação tendo em mente a regra que dita que essa ação deve ser feita, e entre um comportamento meramente intuitivo, que faz a ação mais sem considerar a regra em questão, por intuição. O primeiro seria o comportamento exigido na sociedade. O cético analisa, então, o comportamento de um juiz na hora de decidir um caso e diz que esse decide intuitivamente, sem considerar a regra existente, e depois que decide escolhe uma regra para fundamentar o que já decidiu. Michael Bayles faz um crítica aos céticos quando discorre: “when adding two and two to get four one does not consciously apply rules of addition but simply gives the answer. This in no way shows that one is not following rules of addition. That one is following rules is shown by citing them as justification for decisions”^[15].

(3) A terceira e última forma de ceticismo, que Hart aceita como sendo a mais plausível, acredita que, quem quer que seja que tenha autoridade absoluta para interpretar e aplicar leis é, para todos os fins, a pessoa que as cria. Hart vai discutir e discordar dessa premissa ao abordar o tema da definitividade e infalibilidade na decisão jurídica.

4. DECISÃO JURÍDICA – definitividade e infalibilidade

Continuando a análise do último tipo de ceticismo, afirma-se que o supremo tribunal tem a palavra final ao dizer o que é direito, e mesmo que alguém negue esse fato, a negação torna-se inválida. “O direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é”, suas decisões são, portanto, definitivas e infalíveis. Hart, como já exposto anteriormente, nega esse fato. Ele faz uma analogia com um jogo de futebol para explicar o que realmente acontece e como acontece a decisão jurídica, mas a explicação extensa do jogo aqui é dispensável, só uma rápida conclusão é necessária.

Um jogo de futebol sem marcador é “regulado” pelos próprios jogadores com base em regras de pontuação pré-definidas por eles próprios. Esse tipo de regulamento pode levar a certas confusões, então, institui-se um marcador oficial. Torna-se verdade a frase “o resultado do jogo é aquilo que o marcador diz que é” mas é importante lembrar que para que isso aconteça é importante que as regras pré-determinadas de pontuação ainda existam, pois se não existissem, o marcador escolheria suas decisões discricionariamente. A decisão do marcador é sim final, definitiva, porém, *não é infalível*. O marcador pode cometer erros, mesmo que não

intencionalmente e é preciso prever formas de correção para esses erros via instâncias superiores, que, por sua vez, também serão suscetíveis a erros na hora da decisão. Vale ressaltar que, depois de instituído o marcador, as afirmações dos jogadores não passam de aplicações não-oficiais da regra de pontuação. Não poderia ser de outro modo, a não ser que o jogo fosse o da discricionariedade do marcador, mencionada acima. O jogo da discricionariedade do marcador consiste em que não haja regras pré-estabelecidas de pontuação e, são essas mesmas que caracterizam um jogo normal de futebol. Essa regra, como outras, têm também uma área de textura aberta, mas também um núcleo de significado estabelecido. É, pois, esse núcleo que permite dizer que as determinações do marcados não são infalíveis, embora sejam definitivas. É certo afirmar que o marcador procura seguir as regras de pontuação, mas se não o fizer de forma alguma, o jogo torna-se o da discricionariedade do marcador. Todas essas considerações valem no âmbito do direito, e aplicando-as ao pensamento da lei conclui-se o seguinte.

É verdade que a ação dos tribunais no espaço deixado em aberto pela textura aberta do direito é grande, sendo todas as suas decisões mantidas a não ser quando modificadas pela legislação, que, será também interpretada pelos tribunais tendo esse a palavra final, como já afirmado aqui anteriormente. Ainda assim, continua existindo uma distinção entre uma constituição que dita normas a serem seguidas pelos tribunais, como uma constituição moderna do século XX, e uma que permite aos tribunais fazer o que quer que seja que desejem.^[16] No primeiro caso, o real, existe um *padrão de decisão judicial determinado* e dotado de autoridade e que deve servir de guia para os juízes em suas decisões. As regras jurídicas determinadas atuam como sendo uma cobertura verbal para o exercício de uma discricionariedade e também servem de base para a criação de regras genuinamente consideradas pelos tribunais como padrões de decisão correta. Ora, a afirmação da existência dessas regras supõe que exista um consenso geral de aceitabilidade das mesmas, e que, assim, qualquer tipo de violação dessas será vista como uma ação de desvio do padrão aceitável, vê-se que “this is not merely a matter of the efficiency or health of the legal system, but is logically a necessary condition of our ability to speak of the existence of a single legal system”^[17]. Porém, é preciso que fique claro que essas regras só existem pois são aceitas pelos juízes em geral. O juiz não cria os padrões, mas sua manutenção enquanto padrão vinculante e dotado de autoridade depende da adesão dos juízes. Se, por exemplo, em um dado momento os juízes se juntassem e decidissem que os padrões atuais não seriam

mais aceitos, isso acarretaria em uma transformação de sistema, o que, vale salientar, é muito raro que aconteça, mas não é impossível. Resume-se: os juízes,

“although their decisions are final, they are not engaged in judge’s discretion. Judges have to exercise discretion in cases when laws are indeterminate, but they are not free from norms determining which rules are relevant and limiting their range of discretion to indeterminate or hard cases under those rules”[\[18\]](#).

A essas regras, ou padrões de decisão judicial determinados, Hart dá o nome de Regras de reconhecimento, e faz uma profunda análise sobre as tais.

5. REGRAS DE RECONHECIMENTO

“There are [...] two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand those rules of behaviour which are valid according to the system’s ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials”[\[19\]](#).

As regra de reconhecimento são, segundo Hart, os critérios últimos usados pelos tribunais para identificar as regras de direito válidas. São as regras que permitem que não haja, ou haja em menor grau, uma incerteza quanto ao critério que deva ser utilizado para identificar uma regra como sendo uma regra do sistema. Diferente da incerteza quanto a uma regra concreta, pois, por mais que essa seja clara, pode, ainda assim, suscitar dúvidas sobre o poder do legislador de legislar de tal ou tal maneira. Essas dúvidas dizem respeito aos critérios últimos de validade jurídica, ou seja, à competência jurídica do próprio poder legislativo supremo.

Cada sistema define como deve ser dada a sua validade e o poder que deve ter o legislativo, o que vai depender, basicamente, da regra que o sistema tem por base. Na Inglaterra de Hart, por exemplo, a regra básica é “seja o que for que a Rainha no Parlamento promulga, é lei” e essa, como qualquer outra, pode ser alvo

de constantes dúvidas a respeito do seu significado e âmbito de aplicação, ou seja, a regra-base de uma organização jurídica é tão indeterminada quanto as outras regras do sistema.

Hart faz, então, uma análise aparentemente paradoxal sobre o sistema legal e as regras últimas. Para ele, são os tribunais que determinam a regra última de validade do sistema, assim, a afirmação de que “a constituição é aquilo que os juízes dizem ser” para ser cabível, porém, não significa que as decisões dos supremos tribunais não possam ser postas em causa. Paradoxal? Sim, como podem os tribunais criarem critérios últimos pelos quais a validade das próprias regras que lhe dão jurisdição e autoridade como juízes devem elas próprias serem testadas? Mas Hart classifica a forma de especificar os critérios de validade jurídica de um sistema como sendo análoga a forma que os tribunais exercem uma escolha criadora de direito, ao interpretarem uma lei concreta que se revelou indeterminada, a única diferença reside no fato que, nesse último caso, a escolha do juiz é delimitada por um leque de alternativas deixadas pela lei existente, e quando vai especificar os critérios últimos de validade, não existe essa previsibilidade. Argumenta, porém, que em um sistema jurídico existente admite que as regras sejam duvidosas em alguns pontos, mas é uma condição necessária a esses, que elas não o sejam em todos os pontos.

Confirmando mais uma vez que sua concepção ideal de regras jurídicas reside entre as ideias dos céticos e dos formalistas, e esclarecendo o paradoxo acima exposto, Hart faz uma crítica a esses últimos ao dizer que é um erro pensar que cada passo percorrido pelo tribunal está coberto por uma regra geral que confira, antecipadamente, autoridade para esse percorrer. Ainda sobre o paradoxo, afirma que a aceitabilidade das escolhas feitas pelos tribunais vem *depois* que essas resoluções tiverem obtido êxito no sistema jurídico, o poder adquire autoridade *ex post facto* a partir do êxito. Portanto, a afirmação que o tribunal sempre esteve “coberto” por regras gerais anteriores serve apenas como uma forma de fazer o processo parece um pouco mais organizado.

Aqui, depois das diversas críticas feitas a esses, Hart saúda o cético, mas, concluindo seu pensamento e confirmando mais uma vez sua posição intermediária entre os extremos, formalismo e ceticismo, diz que a ação cética só é bem vinda na zona limítrofe da regra, e desde que essa ação não impeça o reconhecimento de que grande parte dos avanços feitos em termos de regras fundamentais, foram frutos do

prestígio obtido pelos tribunais através de atos regidos pelas regras sobre as zonas vastas e centrais do direito.

6. BIBLIOGRAFIA

BIX, B.. *Law, language and legal determinacy*. Oxford Press University, 1995.

BAYLES, M. D.. *Hart's Legal Philosophy: an examination*. Springer, 1992.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad.: A Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LYONS, D.. *Open Texture and the possibility of legal interpretation*. Working Paper Series, BU Law Working Paper, n. 99-9, 1999f

MACCORMICK, N.. *H. L. A. Hart*. Stanford University Press, 1981.

MORRIS, H.. *Freedom and responsibility: readings in philosophy and law*. Stanford University Press, 1961.

MANN, C. J.. *The function of judicial decision in European economic integration*. Brill, 1972, p. 102.

SILTALA, R.. *A theory of precedent: from analytical positivism to post-analytical philosophy of law*. Hart publishing, 2000.

INGRAM, P.; LEITH, P.. *The Jurisprudence of orthodoxy: Queen's University essays on H. L. A. Hart*. Routledge, 1988.

NOTAS:

[1] BIX, B.. *Law, language and legal determinacy*. Oxford Press University, 1995.

[2] *Id. Ibid.* p. 8.

[3] *Id. Ibid.*

[4] BAYLES, M. D.. *Hart's Legal Philosophy: an examination*. Springer, 1992, p. 86.

[5] BIX, B.. *Law, language and legal determinacy*. Oxford Press University, 1995.

[6] *Id. Ibid.* p. 7.

[7] MACCORMICK, N.. *H. L. A. Hart*. Stanford University Press, 1981, p. 124.

[8] WAISMANN, F. *apud* BIX, B.. *Law, language and legal determinacy*. Oxford Press University, 1995, p.13.

[9] LYONS, D.. *Open Texture and the possibility of legal interpretation*. Working Paper Series, BU Law Working Paper, n. 99-9, 1999.

[10] MORRIS, H.. *Freedom and responsibility: readings in philosophy and law*. Stanford University Press, 1961, p. 289.

[11] MACCORMICK, N.. *H. L. A. Hart*. Stanford University Press, 1981, p. 124.

[12] BIX, B.. *Law, language and legal determinacy*. Oxford Press University, 1995, p. 8.

[13] MACCORMICK, N.. *H. L. A. Hart*. Stanford University Press, 1981, p. 125.

[14] BAYLES, M. D.. *Hart's Legal Philosophy: an examination*. Springer, 1992, p. 90.

[15] *Id. Ibid.*

[16] *Id. Ibid.*

[17] MANN, C. J.. *The function of judicial decision in European economic integration*. BRILL, 1972, p. 102.

[18] BAYLES, M. D.. *Hart's Legal Philosophy: an examination*. Springer, 1992, p. 92.

[19] HART, H. *apud* SILTALA, R.. *A theory of precedent: from analytical positivism to post-analytical philosophy of law*. Hart publishing, 2000, p. 8.

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

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

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir a responsabilidade internacional do Estado. O Estado é responsável pela prática de um ato ilícito segundo o direito internacional deve ao Estado a que tal ato tenha causado dano uma reparação adequada. A responsabilidade internacional ocorre como uma consequência da violação de uma obrigação internacional que representa um ato internacionalmente ilícito, podendo ser uma ação ou uma omissão, constituído por três elementos essenciais: a conduta, a imputação da conduta ao Estado e a ilicitude dessa conduta. A violação de uma obrigação internacional comporta dois tipos de consequências. Em primeiro lugar, o Estado responsável é obrigado cessar e não repetir o comportamento ilícito, e também deve reparar integralmente os danos que causou a outra parte. Em segundo lugar, o Estado que sofreu prejuízos adquire o direito de invocar a responsabilidade do outro Estado. Também foi possível se verificar que se a pessoa de Direito Internacional praticar o ato, mas estiver acobertada pelo consentimento válido de outro Estado, pela legítima defesa, pela prática de uma contramedida, pela força maior, pelo perigo extremo ou pelo estado de necessidade, que atuam como causas excludentes da ilicitude, não será possível se falar na responsabilidade internacional e no consequente dever de reparação, salvo quando o ato praticado importar em violação a uma norma jus cogens.

Palavras-chave: Responsabilidade internacional; Estado; Reparação.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the international responsibility of the State. The State is responsible for the practice of an unlawful act under international law owed to the State to which such act has caused damage an adequate reparation. International responsibility occurs as a consequence of the violation of an international obligation that represents an internationally wrongful act, and may be an act or omission, consisting of three essential elements: conduct, imputation of conduct to the State and unlawfulness of that conduct. The breach of an international obligation entails two types of consequences. Firstly, the responsible State is obliged to cease and not repeat the unlawful conduct, and must also make full reparation for the damage caused to the other party. Secondly, the injured State acquires the right to invoke the responsibility of the other State. It was

also possible to verify that if the person of International Law practices the act, but is covered by the valid consent of another State, by the legitimate defense, by the practice of a countermeasure, by force majeure, by extreme danger or by the state of necessity, which act as exclusionary causes of unlawfulness, it will not be possible to speak of international responsibility and the consequent duty of redress, except when the act practiced imports in violation of a jus cogens norm.

Keywords: International responsibility, State, Repair.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto discutir la responsabilidad internacional del Estado. El Estado es responsable de la práctica de un acto ilícito según el derecho internacional, debe al Estado a que tal acto haya causado daño una reparación adecuada. La responsabilidad internacional se produce como consecuencia de la violación de una obligación internacional que representa un acto internacionalmente ilícito, pudiendo ser una acción o una omisión, constituido por tres elementos esenciales: la conducta, la imputación de la conducta al Estado y la ilicitud de esa conducta. La violación de una obligación internacional comporta dos tipos de consecuencias. En primer lugar, el Estado responsable está obligado a cesar y no repetir el comportamiento ilícito, y también debe reparar íntegramente los daños que ha causado a la otra parte. En segundo lugar, el Estado que ha sufrido pérdidas adquiere el derecho de invocar la responsabilidad del otro Estado. También fue posible verificar que si la persona de Derecho Internacional practica el acto, pero está cubierta por el consentimiento válido de otro Estado, por la legítima defensa, por la práctica de una contramedida, por la fuerza mayor, por el peligro extremo o por el estado de necesidad, que que actúan como causas excluyentes de la ilicitud, no será posible hablar de la responsabilidad internacional y en el consecuente deber de reparación, salvo cuando el acto practicado importe en violación a una norma jus cogens.

Palabras clave: Responsabilidad internacional, Estado, Reparación.

1 INTRODUÇÃO

A base fundamental da responsabilidade internacional está amparada na noção de que o Estado é responsável pela prática de um ato ilícito segundo o direito

internacional deve ao Estado a que tal ato tenha causado dano uma reparação adequada.

A responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um ato ilícito segundo o direito internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual este ato foi cometido. Ou seja, a responsabilidade internacional do Estado decorre de uma transgressão a norma jurídica internacional, bem como a incidência de uma conduta de natureza dolosa ou culposa do autor, ensejando, assim, a discussão sobre a responsabilidade subjetiva e a objetiva.

Pela subjetiva, além do descumprimento de uma norma ou obrigação jurídica internacional por parte de um Estado, deve este também ter agido com dolo ou culpa para que seja considerado responsável no plano internacional.

No que tange à responsabilidade objetiva do Estado, está é constituída pelo descumprimento de uma obrigação jurídica internacional independentemente da existência de culpa ou dolo, garantindo, portanto, maior segurança jurídica no campo das relações internacionais.

A responsabilidade internacional apresenta características próprias em relação à responsabilidade no direito interno:

a) ela é sempre uma responsabilidade com a finalidade de reparar o prejuízo; o DI praticamente não conhece a responsabilidade penal (castigo etc.);

b) a responsabilidade é de Estado a Estado, mesmo quando é um simples particular a vítima ou o autor do ilícito; é necessário, no plano internacional, que haja o endosso da reclamação do Estado nacional da vítima, ou ainda, o Estado cujo particular cometeu o ilícito é que virá a ser responsabilizado.

Sem embargo, a respeito das divergências doutrinárias acerca da matéria, têm-se apresentado as seguintes condições para que se verifique a responsabilidade do Estado no plano internacional.

- a) Violação de uma regra jurídica de caráter internacional;
- b) Que a transgressão da regra ocasione um dano;
- c) Que a ofensa seja imputável ao Estado.

Para se configurar um dever de reparação de dano no Direito Internacional, é necessária a ocorrência dos seguintes elementos:

a) Um comportamento em violação de um dever internacional, sempre imputável a um ou mais Estados, denominado ilícito internacional, consistente numa ação ou omissão;

b) A existência de um dano físico ou moral, causado a outros Estados, sua integridade territorial ou a bens a estes pertencentes ou, ainda, a pessoas ou propriedade dos nacionais destes;

c) Um nexó de causalidade normativa entre dano e ilícito, o qual institui um dever de reparar o seu autor e cria ao ofendido um direito subjetivo de exigir uma reparação.

2 DESENVOLVIMENTO

O princípio fundamental da justiça traduz-se concretamente na obrigação de manter os compromissos assumidos e na obrigação de reparar o mal injustamente causado a outrem, princípio este sobre o qual repousa a noção de responsabilidade. (Accioly, 1996, p. 124)

Seguindo a compreensão acima, podemos considerar incontestável a regra que coloca o Estado como sendo internacionalmente responsável por ato ou por omissão que lhe possa ser imputado e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou que seja resultado do descumprimento de alguma de suas obrigações internacionais (princípio do pacta sunt servanda).

Delituosa ou contratual, pode vir a ser a responsabilidade, conforme seja resultado de atos delituosos ou da inexecução dos compromissos assumidos.

É corrente que se fale também em responsabilidade direta, a que deriva de atos do governo ou de seus agentes, e responsabilidade indireta, resultante de atos praticados por particulares, de forma que possa ser imputável ao governo. Esse tipo de divisão, contudo, diz respeito mais à teoria, visto que na prática, não podem os atos dos particulares suscitar uma responsabilização do Estado, muito embora seja ele, Estado, responsável por não ter punido ou evitado tais atos. Assim, a responsabilidade por parte do Estado é sempre indireta, uma vez que somente possa praticar quaisquer atos por intermédio de seus agentes e, quando responder por atos de particulares, não o será por tê-los praticado de fato.

A responsabilidade jurídica do Estado pode achar-se comprometida tanto por um dano material como por um dano moral, importando, em primeiro lugar, que haja um dano causado a direito alheio; em segundo, que se trate de um ato ilícito; e em terceiro, que tal ato seja realmente imputável ao Estado.

Uma vez não exista o direito lesado, de forma alguma se pode falar em responsabilidade, ao menos no sentido ou contexto que aqui sugere a etimologia da palavra. O ato ilícito é aquele que viola os deveres ou as obrigações internacionais

do Estado, quer se trate de um fato positivo, quer de uma omissão. Tais obrigações não resultam de tratados ou convenções apenas, mas podem decorrer também do costume ou dos princípios gerais do direito.

Segundo as palavras de Rezek (1998, p. 268), em linhas simples, a ideia de responsabilidade internacional é a de que o Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo o direito internacional deve ao Estado a que tal ato tenha causado dano uma reparação adequada. A responsabilidade de um sujeito de direito internacional público, seja um Estado ou uma organização, resulta necessariamente de uma conduta ilícita, tomando-se aquele direito (e não o direito interno) como ponto de referência. Para a caracterização do ilícito internacional, é preciso que exista a afronta a uma norma de direito das gentes: um princípio geral, uma regra costumeira, um dispositivo de tratado em vigor, dentre outras. A reparação devida é sempre de natureza compensatória, mesmo porque, no aspecto jurídico e organizado, o contencioso internacional não é de ordem punitiva, mas sim de compensação, normalmente.

Não se investiga, para afirmar a responsabilidade do Estado ou da organização internacional por um ato ilícito, a culpa subjetiva: é bastante que tenha havido afronta a uma norma de direito das gentes, e que daí tenha resultado dano para outro Estado ou organização. Em muitos dos casos a falta consiste apenas na insuficiência de zelo ou diligência no tocante à preservação da ordem pública ou à garantia de segurança pelas quais o Estado é responsável, como seu mar territorial. Não se admite também, no direito das gentes, uma responsabilidade objetiva, independente da verificação de qualquer procedimento faltoso, exceto em casos especiais e tópicos, disciplinados por convenções recentes.

A forma de reparação há de corresponder à forma do dano, ou seja, se houve dano de ordem moral, a reparação possível também será nesta esfera ou ainda, se dano houve, de ordem econômica, a reparação possível se efetivará de forma pecuniária. Outra forma de reparação do dano, conforme sua natureza, diz respeito a restauração do status quo ante isto é, a recomposição das coisas no estado ou forma em que se encontravam antes do ato ilícito.

O Estado reclamante que pleiteia reparação, deve basear sua intervenção no fato de que, se não o atingiu diretamente o dano, atingiu a um de seus nacionais ou a pessoa sobre quem se estende sua proteção diplomática. Assim, duas questões de imediato se impõem: se o caráter nacional deve existir a partir da apresentação da reclamação ou desde o ato ilícito e, se tal caráter deve persistir de forma ininterrupta, até que a reclamação seja solucionada.

A prática diplomática e a jurisprudência internacional consagraram o princípio de que, para os efeitos da reclamação, o indivíduo deve ter possuído, desde a época da violação de seu direito, a nacionalidade do Estado reclamante e tê-la ainda, no momento da apresentação da reclamação.

Na Segunda questão, a doutrina é mais favorável à persistência do caráter nacional, até a decisão final. Admite-se, contudo, que se o dano é permanente e o indivíduo muda de nacionalidade enquanto o dano persiste, o novo Estado cuja nacionalidade foi adquirida poderá sustentar a reclamação. Em qualquer das hipóteses, considera-se como indiscutível que o indivíduo em favor de quem se faz a reclamação não deve possuir a nacionalidade do Estado contra o qual é dirigida a reclamação.

Seguindo tanto a doutrina como a prática internacional, admite-se que desaparece a responsabilidade internacional do Estado, devido a possibilidade do surgimento de certos casos envoltos em circunstâncias bastante especiais, como por exemplo:

* legítima defesa – pressupõe sempre uma agressão ou ataque ilícito e uma reação determinada pela necessidade imediata de defesa, reação adequada, proporcionada ao ataque ou ao perigo iminente. Dá margem a abusos, resultantes talvez, da falta de acordo preciso sobre as circunstâncias que a caracterizam. É princípio universalmente aceito, contudo, que a legítima defesa faz desaparecer o caráter possivelmente ilícito de um direito reconhecido.

* represálias – compreende atos em si mesmo ilícitos, porém justificados como único meio de combate a outros atos igualmente ilícitos. Só podem ser admitidas: em face de um ato prévio que constitua infração ao direito, contrária a quem as emprega e, se proporcionais à gravidade da infração. Pode acrescer-se ainda, a condição de que o ofendido não tenha encontrado um meio lícito de impedir a violação de seu direito.

* prescrição liberatória – o elemento básico da prescrição liberatória ou extintiva, em matéria internacional, é o silêncio do credor durante um espaço de tempo mais ou menos longo, sobre o que, a jurisprudência arbitral já indicou a necessidade, para aplicação, de que seja invocada.

* culpa do lesado – considera-se que a responsabilidade do Estado pode desaparecer ou ser atenuada, quando o comportamento do indivíduo tenha dado ensejo ao fato gerador do dano ou ter fortemente contribuído para a ocorrência.

Outras circunstâncias têm sido apresentadas como capazes de excluir a responsabilidade internacional do Estado: a renúncia do indivíduo lesado (quando o

indivíduo, por contrato, se compromete a não se utilizar da proteção diplomática de seu próprio governo) e o estado de necessidade (ação pura e simples de um Estado contra outro em defesa de seus interesses). Os defensores desta teoria esquecem que o direito de um Estado tem por limite os direitos dos demais membros da comunidade internacional.

Nas relações internacionais, o que caracteriza o abuso de direito é, precisamente, o aludido exercício abusivo das competências possuídas pelo Estado.

Assim, não se pretende negar a legitimidade dos atos do Estado, praticados dentro de tais competências. O exercício arbitrário destas é que se considera ilícito e, assim, constitui fonte de responsabilidade para o Estado (Silva e Accioly, p.144).

É princípio geralmente aceito, que a responsabilidade do Estado comporta a obrigação de reparação do dano causado e, eventualmente, dar a satisfação adequada. Cabe essa obrigação, ao Estado responsável, ao passo que, ao Estado lesado, ou do qual algum nacional ou protegido tenha sido lesado, pertence o direito à reparação ou satisfação.

Segundo procedimento da Corte Permanente de Justiça Internacional, a reparação deve, tanto quanto possível, apagar todas as conseqüências do ato ilícito e restabelecer a situação que teria, provavelmente, existido se o dito ato não tivesse sido cometido. Percebe-se assim, que está implícita na ideia de reparação, a ideia de restabelecimento das coisas ao estado anterior ou em sua primitiva integridade – *restitutio naturalis* ou *restitutio in integrum*. Se tal restabelecimento não for mais possível ou se só o for parcialmente, deverá intervir então uma indenização ou compensação equivalente.

O dano pode referir-se tanto à pessoa de um Estado (pode ser atingido direta ou indiretamente) quanto à de um particular. Alguns autores preferem distinguir os danos em patrimoniais (bens materiais em geral) e extrapatrimoniais (demais bens).

A doutrina moderna e a jurisprudência dos tribunais arbitrais têm consagrado o princípio de que só devem ser concedidas reparações por prejuízos diretos. É preciso, no entanto, que não se confunda a extensão da reparação com uma de suas formas.

Quanto ao lucro cessante, parece que não se deve incluí-lo entre os danos indiretos, visto que, quando se trata de danos de ordem material, não seria difícil demonstrar a relação de causa e efeito existente entre a infração e o lucro cessante, isto é, o ato ilícito e aquilo que o indivíduo lesado efetivamente deixou de ganhar. O dano deve ser a consequência certa, necessária, inevitável, do ato gerador da responsabilidade.

É de se considerar que a responsabilidade do Estado é resultado do fato de não haver procedido com a devida diligência, isto é, de não haver adotado as medidas que deveria adotar, após a execução do ato lesivo. Nesse caso, de acordo com os princípios decorrentes, a obrigação do Estado limita-se à reparação do dano resultante da omissão total ou parcial dessas medidas.

Segundo Rezek, no caso das reparações de ordem econômica, a jurisprudência internacional oferece algum préstimo no sentido de fazer entender o que seja uma indenização justa: deve compreender, sobre o montante básico, o que no Brasil chamamos de juros moratórios, resultantes do tempo de expectativa, pela vítima, da efetiva percepção do que lhe é devido. Para ele, não de compensar-se também, se for o caso, os 'lucros cessantes'. Não, porém os chamados 'danos indiretos', mas só aqueles que tenham sido o resultado imediato de ato ilícito.

Visando a questão dos danos não materiais, tem como finalidade, geralmente, a desaprovação de atos contrários à honra e à dignidade do Estado e, portanto, devem ser públicas. As formas mais comuns são: o pedido formal de desculpas, a manifestação de pesar, a saudação à bandeira do país ofendido, a destituição do autor ou autores da ofensa ou outra maneira de punição do culpado ou culpados. A medida para as satisfações deve buscar-se na natureza e gravidade das ofensas.

Os atos de órgãos do Estado contrários ao Direito Internacional Público implicam responsabilidade internacional, mesmo se tais atos forem baseados no seu direito interno.

* atos do órgão executivo ou administrativo – os casos mais comuns de responsabilidade do Estado resultam de atos dos órgãos do poder executivo ou administrativo e podem decorrer de decisões do próprio governo ou de atos de seus funcionários. A ação ou omissão pode apresentar-se sob as formas mais diversas, sendo frequentemente difícil determinar até onde vão as obrigações internacionais do Estado. Entre elas, por exemplo, questões relativas às concessões ou contratos do Estado, às dívidas públicas, às prisões ilegais ou injustas e a da falta da proteção devida aos estrangeiros.

Os atos de funcionários, suscetíveis de acarretar a responsabilidade internacional do Estado, tanto podem ser praticados em território nacional quanto em território estrangeiro. São eles, geralmente, os agentes diplomáticos, os cônsules e os oficiais de marinha. Para que seus atos possam ser imputados ao Estado, basta que tenham procedido no limite aparente de suas funções.

* atos do órgão legislativo – se o poder legislativo do Estado adota uma lei ou resolução contrária aos seus deveres internacionais ou com eles incompatíveis, ou

deixa de adotar as disposições legislativas necessárias para a execução de algum dos ditos deveres, o Estado responderá por isso. Um Estado não pode declinar sua responsabilidade com a invocação de seu direito interno.

* atos do órgão judiciário ou relativos às funções judiciárias – O Estado pode ser responsabilizado em consequência de atos de seus juízes ou de seus tribunais, embora exista a preocupação de não criar para o Estado ou indivíduos estrangeiros uma eventual instância superior às dos tribunais nacionais.

É regra geralmente aceita a de que o Estado responde pelos atos de pessoas jurídicas ou de coletividades que, em seu território, exerçam funções públicas de ordem legislativa ou administrativa, quando tais atos são contrários aos deveres internacionais do Estado.

O direito internacional reconhece a existência de atos internacionais ilícitos imputáveis exclusivamente a indivíduos, como por exemplo: a pirataria, o tráfico de drogas e de escravos e, em geral, em tempo de guerra, o transporte de contrabando e a violação de bloqueio. A responsabilidade não decorrerá propriamente dos atos de indivíduos que não representam o Estado, mas da atitude deste, ou melhor, da inexecução das obrigações que pelo direito internacional lhe são impostas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade internacional ocorre como uma consequência da violação de uma obrigação internacional que representa um ato internacionalmente ilícito, podendo ser uma ação ou uma omissão, constituído por três elementos essenciais: a conduta, a imputação da conduta ao Estado e a ilicitude dessa conduta. Existem duas visões diferentes acerca da obrigatoriedade da existência do dano e nexos causal entre a conduta e o dano como os elementos essenciais de um ato ilícito. A posição majoritariamente adotada pela doutrina e refletida nalguns casos do Tribunal Internacional é a de dano e nexos causal não serem elementos vinculativos. Assim, podem existir situações em que não há dano e há responsabilidade e vice-versa.

A violação de uma obrigação internacional comporta dois tipos de consequências. Em primeiro lugar, o Estado responsável é obrigado cessar e não repetir o comportamento ilícito, e também deve reparar integralmente os danos que causou a outra parte. Em segundo lugar, o Estado que sofreu prejuízos adquire o direito de invocar a responsabilidade do outro Estado.

Também foi possível se verificar que se a pessoa de Direito Internacional praticar o ato, mas estiver acobertada pelo consentimento válido de outro Estado, pela legítima defesa, pela prática de uma contramedida, pela força maior, pelo perigo extremo ou pelo estado de necessidade, que atuam como causas excludentes da ilicitude, não será possível se falar na responsabilidade internacional e no consequente dever de reparação, salvo quando o ato praticado importar em violação a uma norma jus cogens.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Manual de Direito Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva. 19. Ed. 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Manual de Direito Internacional Público e Privado**. 3. Ed. Salvador: Editora JusPodovim, 2011.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público**. 7ed. São Paulo: Saraiva.

SUPRESSÃO DA OBRIGATORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL MEDIANTE LEI ORDINÁRIA

JOSÉ FELIPPE RANGEL DA SILVA:
Graduado em Direito pela PUC-RJ.
Especialista em Direito Público pela UCP-RJ.
Servidor público federal.

RESUMO: O presente artigo disserta sobre a supressão da obrigatoriedade da contribuição sindical com o advento da Lei 13.467/2017 (“reforma trabalhista”). Busca-se indicar os principais pontos de discussão acerca da constitucionalidade desta alteração.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 13.467/2017. Contribuição Sindical. Obrigatoriedade. Constitucionalidade formal.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O fim da obrigatoriedade do “imposto sindical” é um dos pontos mais controversos da reforma trabalhista, eis que impõe a reestruturação completa do sistema de financiamento das entidades sindicais brasileiras. Destaca-se que a arrecadação da contribuição foi de R\$ 3,18 bilhões em 2015 e de R\$ 3,5 bilhões em 2016.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, neste sentido, afirmam:

“(…) Com a mudança específica que realizou, atingindo em cheio a contribuição sindical obrigatória - que existe há cerca de oito décadas na ordem jurídica do País -, sem dúvida provocará alteração muito substancial na estrutura do sindicalismo brasileiro, pois afetará, cirurgicamente, o seu fluxo de recursos econômico-financeiros; em síntese, afetará, substancialmente, o custeio das entidades sindicais.^[1]

Entretanto, debate-se a constitucionalidade formal desta alteração, conforme iremos analisar.

2. Desenvolvimento

Com o advento da lei 13.467 de 2017, a contribuição sindical passou a ser uma faculdade dos empregados. Ou seja, os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados as contribuições devidas ao sindicato, quando por estes notificados, apenas se devidamente autorizados pelos empregados (art 545 c/c art 578 c/c art 579, todos da CLT).

Desse modo, a contribuição sindical passou a ter natureza jurídica preponderantemente privada. Deixou de ter natureza tributária, já que não é mais uma prestação compulsória.

Contudo, tal modificação ainda não encontrou estabilidade. Foram propostas diversas ações de declaração de inconstitucionalidade com o escopo de rever a desobrigação da contribuição sindical - ADIs 5810, 5811, 5813 e 5815.

Na ADI 5810, a Central das Entidades de Servidores Públicos sustenta a necessidade de edição de lei complementar para alterar a regra de recolhimento da contribuição sindical, uma vez que se instituiu regra geral de isenção ou não incidência de obrigação, porque foi criada nova norma possibilitando a definição da base de cálculo do tributo por decisão do próprio contribuinte.

Esta alega ainda que a nova regra interfere no princípio da isonomia tributária, dividindo os contribuintes entre categorias de optantes e isentos. Ademais sustenta também a violação aos princípios da representatividade e da unicidade sindical.

Já na ADI 5811, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Movimentação de Mercadorias em Geral e Logística, foi ventilado que a contribuição sindical tem natureza tributária e, portanto, é obrigatória a todos os trabalhadores da categoria, sindicalizados ou não, uma vez que o tributo, como tal, é uma obrigação compulsória. Por essa razão não seria possível estabelecer a contribuição sindical como voluntária, uma vez que a finalidade da contribuição sindical é defender os interesses coletivos ou individuais da categoria, e essa representação independe de autorização ou filiação.

Por sua vez, nas ADIs 5813 e 5815 alegam que as novas regras trazem renúncia fiscal. Sendo que o art. 150, §6º da CR/88, veda a concessão de subsídio ou isenção a não ser por lei específica que regule exclusivamente o tema. Sustentam ainda ofensa à Convenção 144 da Organização Internacional do Trabalho, segundo a qual mudanças na legislação de natureza social necessita da ampla participação dos empregados e empregadores.

Percebe-se, portanto, que o tema central das referidas ADIs é a impossibilidade de lei ordinária dispor sobre tributos. Em suma, afirmam que a contribuição sindical tinha natureza de tributo e que só poderia ser modificada por lei complementar.

Neste sentido, existem precedentes jurisprudenciais, acolhendo o pedido de determinados sindicatos, em casos concretos específicos. Por exemplo, a juíza Patrícia Pereira de Santanna, da 1ª Vara do Trabalho de Lages (SC), acolheu pedido de um sindicato e anulou o fim da contribuição sindical obrigatória que é destinada à entidade.

A natureza de tributo da contribuição sindical, segundo essa decisão, deriva do fato de que 10% dela é revertida para os cofres da União (para a Conta Especial Emprego e Salário). Dessa maneira, quaisquer modificações deveriam se dar por meio de lei complementar, e não pela Lei 13.467/2017, que é ordinária.

Outrossim, salienta que a reforma trabalhista não poderia ter tornado o instituto da contribuição sindical facultativo, já que tributo "é toda prestação pecuniária compulsória" (art. 3º do CTN). Na sentença afirma que não se trata de ser a favor ou contra a contribuição sindical ou à representação sindical dos empregados, ou, ainda, de estar de acordo ou não com o sistema sindical brasileiro tal como existe atualmente. Explicita trata-se, sim, de questão de inconstitucionalidade, de ilegalidade da Lei e de segurança jurídica. Isto porque, segundo a decisão, a Lei nº 13.467/2017 promoveu a alteração da contribuição sindical de forma inconstitucional e ilegal.

Destaca-se que o art 146 da CRFB/88 aduz que cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (inciso II) e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e

contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários (inciso III).

Por sua vez, o art 149 da CRFB/88 dispõe que “compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”. Dessa forma é nítida a imprescindibilidade da edição de lei complementar para regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Ressalta-se que quando a CRFB/88 exige lei, tanto pode ser editada lei complementar como a ordinária, ou seja, a lei complementar pode dispor sobre matéria que a ela não esteja expressamente reservada. Entretanto, não pode a lei ordinária regular o campo reservado à lei complementar.

Isto posto, resta esperar a consolidação da jurisprudência quanto a natureza jurídica da contribuição sindical. Caso seja reconhecida a natureza tributária da mesma, a tendência é que seja declarada a inconstitucionalidade da supressão da obrigatoriedade sob o aspecto formal.

3. Conclusão

Como referido, a supressão da obrigatoriedade da contribuição sindical ainda não encontrou estabilidade, eis que foram propostas diversas ações de declaração de inconstitucionalidade com o escopo de rever a desobrigação da contribuição sindical. Ademais, também foram apresentadas diversas emendas ao texto da MP 808/2017 com o intuito de recriar o imposto sindical ou, ao menos, criar nova forma de financiamento compulsório para sustentar o sistema sindical.

Salienta-se a proposta de criação da contribuição negocial, que passaria a ser devida por todos os empregados eventualmente beneficiados em uma negociação coletiva. Cabe ressaltar que por terem sido mantidos a representação por categorias e a unicidade sindical por base territorial mínima de um município, se aprovada a contribuição negocial, terá efeitos similares ao imposto sindical. Isto porque a representação da entidade sindical alcança toda a categoria.

Neste ponto, ressalta-se, independentemente da constitucionalidade formal da norma que tornou facultativo o imposto sindical, que este constituía, segundo parcela da doutrina, um entrave para a liberdade sindical plena (art 8º da CR e CADH), eis que é um resquício corporativista da “Era Vargas”. Os defensores desta corrente afirmam que o fim do imposto sindical é medida adequada para a concretização da unidade sindical, conferindo maior legitimidade e representatividade às entidades associativas, pois dependerão da vontade dos trabalhadores em contribuir para a manutenção financeira dos sindicatos.

Entretanto, afirmam também que o fim da obrigatoriedade deveria ter sido acompanhado da extinção de outros resquícios corporativistas como a unicidade sindical por base territorial mínima de um município (art 8º, II da CRFB/88) e a categorização obrigatória. Ressalta-se que tais resquícios impedem que o Brasil (mesmo sendo membro nato da OIT desde sua fundação) ratifique a Convenção nº 87 da OIT – uma das “Core Obligations”.

Neste sentido, cabe citar o Ministro Godinho:

“Derivada de lei e incidindo também sobre os trabalhadores não sindicalizados, a receita tem indisfarçável matiz parafiscal. Com isso, atrai severas críticas quanto agressão que propiciaria aos princípios da liberdade associativa e da autonomia dos sindicatos. Entretanto, contraditoriamente, sua manutenção na ordem jurídica foi autorizada pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, IV, in fine: “independentemente da contribuição prevista em lei”) — embora a regra constitucional não impeça a revogação dos preceitos legais instituidores da verba”. [2]

Conclui-se ser necessário aguardar a consolidação da jurisprudência acerca do tema, destacando-se que em sede de “correção parcial” o presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ministro João Batista Brito Pereira, suspendeu liminar que obrigava as empresas Aliança Navegação e Logística e Hamburg Süd Brasil a recolher a contribuição sindical de empregados. O Ministro afirmou que o cumprimento imediato da determinação do TRT criaria hipótese de “lesão de difícil reparação”, eis que impôs gastos sem a fixação de garantias caso, ao final, entenda-se pela constitucionalidade formal da supressão da obrigatoriedade da contribuição sindical.

4. Referências Bibliográficas

DELGADO, Mauricio Godinho. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017 I Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. - São Paulo : LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo : LTr, 2017.

Notas:

[1] DELGADO, Mauricio Godinho A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017 I Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. - São Paulo : LTr, 2017. p. 238

[2] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo : LTr, 2017. p. 1530.

NOTAS GERAIS SOBRE OS IMPOSTOS

ANTÔNIO AUGUSTO SOUZA DIAS JÚNIOR:
Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando em Tributação Internacional pelo IBDT. Procurador da Fazenda Nacional em Campinas.

1. Introdução ao estudo dos impostos

A primeira afirmação a ser feita sobre os impostos é que eles são tributos.

Qualquer que seja a classificação dos tributos (bipartida, tripartida, quadripartida ou pentapartida), os impostos sempre estarão dentro do rol das espécies tributárias.

Com isso, temos que os impostos podem ser definidos, inicialmente, como uma 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 (conceito de tributo previsto no artigo 3º do CTN).

A partir desse conceito, temos que buscar os traços distintivos dos impostos em relação às outras espécies tributárias.

Como já afirmamos em outro trabalho anteriormente publicado:

“Um dos traços distintivos mais comentados pela doutrina é o que distingue os impostos das taxas. Isso porque **os impostos são tributos instituídos e cobrados independentemente de qualquer prestação estatal específica em relação ao contribuinte que o paga**, diferentemente das taxas, que possuem como fato gerador uma atividade estatal específica e divisível.” (DIAS JR., 2015, p. 9)

Segundo Roque Antônio Carrazza,

“(...) muitos juristas chamam o imposto de tributo sem causa. Sem causa não porque ele não

tenha fato imponible, mas porque não há necessidade de a entidade tributante oferecer alguma contraprestação direta a quem o paga. O imposto – se quisermos fugir da definição pela negativa – sempre tem por hipótese de incidência ou um comportamento do contribuinte, ou uma situação jurídica na qual ele se encontra.” (CARRAZZA, 2015, p. 622)

Diz-se, portanto, que os impostos são tributos **não vinculados**, já que não existe vinculação entre a sua instituição e a prestação de um determinado serviço público pelo Estado. Os impostos são exigidos independentemente de qualquer contraprestação estatal, não podendo o contribuinte questionar a legitimidade de um imposto argumentando que o Estado não presta satisfatoriamente este ou aquele encargo público. Nesse sentido já decidiu o STJ:

TRIBUTÁRIO -CONTRIBUINTE DO IPTU -
CONTRA-PRESTAÇÃO DO ESTADO AO
RECOLHIMENTO DO IMPOSTO -INEXISTÊNCIA
DE PREVISÃO LEGAL - CONCEITOS DE
CONTRIBUINTE E CONSUMIDOR -
EQUIPARAÇÃO -IMPOSSIBILIDADE -CÓDIGO DE
DEFSA DO CONSUMIDOR -INAPLICABILDADE
IN CASU.

1. Os impostos, diversamente das taxas, têm com nota característica sua desvinculação a qualquer atividade estatal específica em benefício do contribuinte.

2. Consectariamente, **o Estado não pode ser coagido à realização de serviços públicos, como contraprestação ao pagamento de impostos**, quer em virtude da natureza desta espécie tributária, quer em função da autonomia municipal, constitucionalmente outorgada, no que se refere à destinação das verbas públicas.

3. A relação de consumo não guarda semelhança com a relação tributária, ao revés, dela se distancia, pela constante supremacia do interesse coletivo, nem sempre encontradiço nas relações de consumo.

4. O Estado no exercício do jus imperii que encerra o Poder Tributário submete-se às normas de Direito Público, constitucionais, complementares até ordinárias, mas de ficção jurídica diversa do Código de Defesa do Consumidor. Sob esse ângulo, o CTN é *lex specialis* e derroga a *lex generalis* que é o CDC.

5. Recurso Especial desprovido. (Resp 478.958, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 24.06.2003, grifado pelo autor).

Marcus Abraham, citando a decisão acima, observa:

“Isso não quer dizer, entretanto, que o Estado está desobrigado a oferecer bens e serviços para a coletividade com o produto dos recursos arrecadados pelos impostos. Muito pelo contrário, os recursos financeiros originários dos impostos devem ontologicamente, financiar as despesas públicas do Estado. O que não se pode é exigir deste uma atividade específica por decorrência do pagamento de imposto.” (ABRAHAM, 2015, p. 154)

O fato gerador dos impostos não terá relação com alguma atuação do Poder Público. Pelo contrário, será uma situação ou atividade do particular. Essa característica está prevista legalmente, no artigo 16 do CTN:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Para que surja a obrigação tributária referente aos impostos, basta, por exemplo, a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda (Imposto de Renda), ou, ainda, o fato de ser proprietário de veículo automotor (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores). Não se perquire em relação a uma atividade do Poder Público.

Tem-se, com isso, que a materialidade será sempre um fato do particular na espécie tributária em comento. Exige-se o tributo porque o particular praticou determinado ato ou fato, ou ainda incorre em determinada situação.

Não se pode confundir a característica da não vinculação, que diz respeito ao fato gerador dos impostos, com outra marca dos impostos, qual seja, a **arrecadação não vinculada**.

Tal distinção foi por nós abordada da seguinte maneira:

Os impostos também são tributos de arrecadação não vinculada, o que significa que a receita de sua arrecadação não está adstrita a serviços, órgãos ou fundos específicos. Na realidade, as receitas dos impostos podem ser destinadas para as mais variadas finalidades, sendo por isso considerados **tributos não finalísticos**, ao contrário dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais.

Por esse motivo, costuma-se dizer que os impostos são vocacionados ao custeio dos serviços universais, como segurança pública, defesa externa e diplomacia, por exemplo, que se contrapõem aos serviços públicos específicos e divisíveis (que por sua vez são custeados por taxas). (DIAS JR, 2015, p. 11)

Misabel Derzi elenca duas funções da desafetação das receitas dos impostos:

“A primeira, evidente, é a mais técnica. (...) As receitas devem formar uma massa distinta e única,

abrindo o conjunto das despesas. Somente assim será possível o planejamento, se avultam as vinculações, feitas pelo legislador tributário ao criar o imposto, ficando a receita comprometida por antecipação, cassar-se-á a faculdade de programar por meio de lei orçamentária, de planejar e de estabelecer prioridades. (...) A segunda função, mais relevante que a primeira, prende-se ao caráter acentuadamente redistributivo dos impostos.” (DERZI, 2015, p. 271)

Essa característica da arrecadação não vinculada dos impostos não é absoluta. Comporta exceção prevista no texto constitucional, que em seu artigo 167, IV, que permite a vinculação da receita de impostos aos serviços públicos de saúde, ensino, e realização de atividades da administração tributária:

CF, art. 167. São vedados: (...) IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Tem-se, com esse dispositivo, que teve alteração em sua redação realizada por emenda constitucional, uma ligeira aproximação entre os impostos e as contribuições, pois não é absolutamente verdadeira a premissa de que os recursos arrecadados com impostos são totalmente vinculados. Há exceções, como se vê acima.

Essa vedação da vinculação das receitas dos impostos aplica-se não apenas às receitas que já ingressaram nos cofres públicos, mas também a benefícios fiscais (caso em que haveria uma vinculação antes da entrada da receita nos cofres públicos), conforme o entendimento do STF:

AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. LEI
COMPLEMENTAR DISTRITAL N. 26/97.
CRIAÇÃO DO PROGRAMA DE INCENTIVO ÀS
ATIVIDADES ESPORTIVAS MEDIANTE
CONCESSÃO DE INCENTIVO FISCAL ÀS
PESSOAS JURÍDICAS. CONTRIBUINTES DO
IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE
VEÍCULOS AUTOMOTORES. VIOLAÇÃO DO
DISPOSTO NO ARTIGO 167, INCISO IV, DA
CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. É inconstitucional a lei complementar distrital que cria programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de benefício fiscal às pessoas jurídicas, contribuintes do IPVA, que patrocinem, façam doações e investimentos em favor de atletas ou pessoas jurídicas.

2. O ato normativo atacado a faculta vinculação de receita de impostos, vedada pelo artigo 167, inciso IV, da CB/88. **Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos.**

3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da vinculação do imposto sobre propriedade de veículos automotores --- IPVA, contida na LC 26/97 do Distrito Federal. (ADI 1.750 Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 20.09.2006, grifado pelo autor)

Também decidiu o STF, com fundamento no artigo 167, IV da CF, que é inconstitucional a lei que determina o reajuste automático de vencimentos de servidores públicos à arrecadação de ICMS (RE 218.874, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 07.11.2007, DJ 01.02.2008).

Já nos manifestamos no sentido de que

Os impostos também são **nominados**, considerando que estão listados e atribuídos aos entes políticos pela Constituição. Diferentemente das taxas, que podem ser instituídas pelos entes políticos com materialidades idênticas, os impostos são individualizados e disciplinados de forma básica entre os artigos 153 e 156 do texto constitucional, cabendo à lei complementar definir seus fatos geradores, base de cálculo e contribuintes (CF, 146, III, *a*). (DIAS JR., 2015, p. 12)

Paulo de Barros Carvalho comenta essa característica:

“Têm os impostos um regime jurídico-constitucional peculiar. A Carta Magna reparte a competência legislativa para instituí-los entre as pessoas políticas de direito constitucional interno – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – de sorte que não ficam à disposição dessas entidades, como ocorre com as taxas e a contribuição de melhoria (tributos vinculados), que podem ser criadas por qualquer uma daquelas pessoas, desde que, naturalmente, desempenhem a atividade que serve de pressuposto à sua decretação. Fala-se, por isso, em competência privativa para a instituição dos impostos, que o constituinte enumerou, **nominalmente**, indicando a cada uma dessas pessoas políticas quais aqueles que lhe competia estabelecer. E deriva dessa repartição de competências legislativas a divisão dos impostos em função do conteúdo material que há de

integrar o núcleo das respectivas hipóteses normativas.” (CARVALHO, 2013, p. 58, grifado pelo autor)

Não se pode dizer, com isso, que os impostos estão dispostos na Constituição em um rol *numerus clausus* ou taxativo. Isso porque **a Carta Magna atribui à União uma competência residual para instituição de impostos não previstos na Constituição**. Para o exercício dessa competência, a União deve obedecer às condições do artigo 154, I da CF: a) a instituição deve ser por lei complementar, e não por lei ordinária; b) o imposto a ser criado deve ser não-cumulativo; e c) o fato gerador e a base de cálculo do imposto residual não podem coincidir com o fato gerador e a base de cálculo dos impostos já previstos no texto constitucional.

Meditamos da seguinte maneira a respeito do tema:

Na prática, essa competência residual para a criação de impostos até hoje não foi exercida sob a égide da Constituição de 1988, tendo em vista que a União também possui competência para a instituição de contribuições sociais residuais (art. 195, § 4º da CF/88), que podem possuir fato gerador e base de cálculo coincidentes com os impostos (STF, RE 258.470).

Assim, a criação de novos impostos é muito mais difícil do que de novas contribuições, já que aqueles não podem ter a mesma materialidade dos impostos já existentes, o que exige uma grande criatividade do legislador infraconstitucional para a criação de impostos residuais.

De qualquer forma, essa possibilidade de criação de novos impostos por lei complementar põe em xeque o artigo 17 do CTN, segundo o qual “os impostos componentes do sistema tributário nacional são exclusivamente os que constam deste Título, com

as competências e limitações nele previstas”. (DIAS JR., 2015, p. 13)

Além da competência residual para a criação dos impostos, a União e o Distrito Federal possuem também competência **cumulativa**, prevista no artigo 18 do CTN e no artigo 147 da CF.

No caso da União, pode esta instituir, **cumulativamente**, nos Territórios Federais, os impostos estaduais, e até mesmo os impostos municipais, mas neste último caso apenas se o Território Federal não for dividido em municípios.

O Distrito Federal, por sua vez, possui a **competência cumulativa** de instituir impostos estaduais e municipais.

2 Classificação dos impostos

Nesse tópico abordaremos algumas classificações dos impostos que nos acompanharão no decorrer do estudo dos impostos em espécie.

2.1 Impostos Fiscais e Extrafiscais

Os impostos fiscais, ou de função **fiscal**, são aqueles que possuem a função arrecadatória como predominante, objetivando assim, carrear recursos aos cofres públicos. Temos como exemplo de impostos fiscais o Imposto de Renda, o ITCMD e o ITBI.

Outros impostos contudo, possuem uma função preponderantemente **extrafiscal**, caso em que destinam-se a estimular ou desestimular um determinado comportamento do contribuinte, ou até mesmo incentivar um setor econômico.

Dessa maneira, os impostos sobre o comércio exterior (II e IE) são nítidos exemplos de impostos extrafiscais, uma vez que sua função precípua não é o aporte de recursos ao Erário, mas sim a regulação de importações e exportações tornando-as mais ou menos onerosas, a depender das metas econômicas do País.

Advertimos porém que

Uma observação se faz necessária. Nenhum imposto será exclusivamente fiscal ou extrafiscal, pois todo imposto instituído, inevitavelmente, arrecadará e também influenciará na economia e no comportamento dos contribuintes de certo modo.

Por isso, mesmo um imposto com função predominantemente fiscal terá uma faceta extrafiscal e vice-versa. Exemplo disso é o Imposto sobre Produtos Industrializados, considerado pela doutrina majoritária como fiscal, mas que tem na seletividade um desestímulo ao consumo de produtos supérfluos (explicaremos minuciosamente a seletividade do IPI no capítulo destinado exclusivamente ao estudo desse imposto). (DIAS JR., 2015, p. 15)

2.2 Impostos Diretos e Indiretos

Essa classificação leva em conta a repercussão econômica do tributo.

Os impostos **diretos** são aqueles cujo ônus econômico é suportado apenas pela pessoa eleita pela norma tributária como contribuinte do imposto, chamado de **contribuinte de direito**. Nesse caso não há sujeitos estranhos à relação jurídico-tributária que arcarão financeiramente com o tributo. Exemplos de impostos diretos são os impostos sobre o patrimônio e a renda: IR, IPVA, ITBI, ITCMD.

Impostos **indiretos**, contrariamente, são os que possuem uma repercussão econômica, sendo pagos, indiretamente, por sujeitos alheios à relação jurídico-tributária, chamados de **contribuintes de fato**. Esse último é aquele sujeito que, apesar de não ter sido eleito pela norma tributária como a pessoa obrigada legalmente a adimplir a prestação pecuniária do imposto, suportará financeiramente o encargo tributário. Em outras palavras, é o patrimônio do contribuinte de fato que sofrerá uma redução com o imposto indireto.

Os exemplos dessa espécie são notadamente os impostos sobre a produção e sobre o consumo, tais como o ICMS e o IPI, que têm seus custos repassados ao consumidor final, compondo o preço dos produtos e mercadorias adquiridos.

Costuma-se fazer duas críticas a essa classificação.

A primeira seria a de que essa classificação toma um aspecto econômico para definir uma realidade jurídica, trazendo para o Direito noções e conceitos que lhes são estranhos. Os maiores representantes dessa corrente de pensamento são Paulo de Barros Carvalho e Roque Antônio Carrazza. Regina Helena Costa comenta:

“A classificação dos impostos em diretos e indiretos, embora ainda considerada por muitos irrelevante para o Direito, sob o argumento de que sedimentada num fenômeno puramente econômico, tem, em nosso entender, relevância jurídica. Basta lembrar as regras da seletividade em função da essencialidade do produto, mercadoria ou serviço, e da não cumulatividade, aplicáveis ao IPI, e ao ICMS, reveladoras da preocupação constitucional com o contribuinte de fato.” (COSTA, 2014, p. 133)

Em posição oposta, temos Misabel Derzi:

“falamos de repercussão jurídica, e não de repercussão econômica. Se a repercussão jurídica corresponde à econômica, essa é uma coincidência desejável ou desejada pelo legislador, mas apenas uma coincidência que muitas vezes não ocorre. (...) Bem se vê que os institutos econômicos são inspiradores das normas jurídicas, mas são por ela transformados em fatos jurídicos próprios (diferentes).” (DERZI, 2015, p. 1.306)

Também Luciano Amaro:

“o dado da ciência das finanças só é metajurídico enquanto ele não se juridiciza; nesse momento, ele passa a ser um dado jurídico (...) sempre que um fenômeno (corresponda ele a um fato econômico, ou financeiro, ou social, ou natural – como o fato do

nascimento – etc.) é objeto de disciplina jurídica, ele adquire foros de cidadania nos domínios do direito” (AMARO, 2005, p. 77)

A segunda crítica seria a de que mesmo os impostos diretos possuem repercussão econômica, já que até o Imposto de Renda, por exemplo, será computado como um custo da empresa na venda ou produção de suas mercadorias/produtos. Desse modo, mesmo que de forma oblíqua, os impostos diretos também são repassados ao consumidor final.

De fato, concordamos com a segunda crítica, de modo que a classificação acima deve ser precedida da advertência de que até os tributos classificados como diretos acabam inevitavelmente repassados ao consumidor, pois todos os custos da atividade empresarial são levados em consideração para se compor o preço de seus produtos ou serviços.

Por isso, o mais correto seria dizer que os tributos indiretos são repassados ao consumidor de modo mais perceptível, incidindo sobre o próprio valor do produto ou serviço, enquanto os tributos diretos não são calculados sobre o valor do produto ou serviço, estando inserido no seu preço da mesma forma que outros custos, como o trabalhista.

2.3 Impostos Pessoais e Reais

A distinção entre impostos pessoais e reais tem por base uma maior ou menor aproximação do aspecto material da hipótese de incidência do imposto com o aspecto pessoal.

Dessa forma, os impostos reais são aqueles que possuem uma maior identidade com o aspecto material da hipótese de incidência, tendo mais importância o fato ou a coisa que dá ensejo à tributação, sendo irrelevantes as condições ou características pessoais do contribuinte. A incidência do tributo ocorrerá da mesma forma para sujeitos passivos com qualidades completamente diferentes. Exemplos desses impostos são o IPI, o ICMS, o IOF, o ITR, entre outros.

Já os impostos pessoais são aqueles em que o aspecto material da hipótese de incidência mantém uma relação próxima com o aspecto pessoal do tributo. Nesse caso, serão levadas em conta as qualidades pessoais do contribuinte, e o imposto incidirá de forma diferente conforme se alterem as características do sujeito passivo. Como sintetiza Regina Helena Costa (2014, p. 133), “nesse caso, as qualidades jurídicas dos sujeitos passivos refletem-se no aspecto material da hipótese de incidência para estabelecer diferenciação no tratamento destes”.

O exemplo clássico de imposto pessoal é o Imposto de Renda, que no caso de pessoas físicas poderá ter uma série de deduções em relação a despesas do contribuinte com educação e saúde. Ou seja, a depender das condições pessoais do contribuinte, o aspecto quantitativo do imposto será diferente. Também em relação às pessoas jurídicas, existirão diferentes formas de apuração do montante a ser pago a depender das particularidades da pessoa jurídica.

Registre-se a crítica de Roque Carrazza a essa classificação:

“Esta distinção, sem nenhuma dúvida, não é jurídica. Juridicamente, todos os impostos são pessoais, na medida em que o contribuinte é sempre uma pessoa (física ou jurídica). Dito de outro modo, no polo passivo das obrigações impositivas – como, de resto, de todas as relações jurídicas – só pode figurar uma pessoa; nunca uma coisa.” (CARRAZZA, 2015, p. 624)

O STF, contudo, acolhe tal diferenciação, apesar de entender possível a aplicação da progressividade tanto aos impostos pessoais como aos impostos reais (RE 562.045, j. 06.02.2013).

DESCUMPRIR MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA AGORA É CRIME

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:
Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

FRANCISCO SANNINI NETO

(Coautor)[1]

Em 05.04.2018 foi publicada a Lei nº 13.641/18, que altera a Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, criando o primeiro tipo penal incriminador constante nesse diploma protetivo da mulher. Nos termos do novo artigo 24-A, pune-se com pena de detenção de três meses a dois anos, a conduta de “descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas em lei”.

Destaque-se, de pronto, que a inovação legislativa vai de encontro com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se posicionava no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas de urgência não caracterizaria o crime de desobediência, uma vez que tal conduta já seria sancionada na esfera processual, seja pela possibilidade de substituição da medida protetiva decretada ou pela possibilidade de decretação da prisão preventiva do sujeito. Nesse sentido:

(...) De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crime de desobediência apenas se configura quando, desrespeitada ordem judicial, não existir previsão de outra sanção em lei específica, ressalvada a previsão expressa de cumulação. Precedentes. A Lei n. 11.340/2006 prevê consequências jurídicas próprias e suficientes a coibir o descumprimento das medidas protetivas, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal, situação que evidencia, na espécie, a atipicidade da conduta. Precedentes. 5. Ordem parcialmente concedida para absolver o paciente pelo crime de desobediência, diante da atipicidade da conduta.[2]

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está pacificada no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas estabelecidas na Lei Maria da Penha não caracteriza a prática do delito previsto no art. 330 do Código Penal, em atenção ao princípio da *ultima ratio*, tendo em vista a existência de cominação específica nas hipóteses em que a conduta for praticada no âmbito doméstico e familiar, nos termos do art. 313, III, do Código de Processo Penal.^[3]

Agora, contudo, essa discussão perde o sentido diante da previsão legal de tipo penal específico. Note-se que a intenção do legislador foi a de reforçar a proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, criando um novo instrumento capaz de constranger o sujeito passivo da medida protetiva a cumpri-la. Isto, pois, já existe no artigo 313, inciso III, do CPP, uma ferramenta coativa que é, justamente, a possibilidade de prisão preventiva para assegurar o cumprimento de tais medidas.

O objeto jurídico tutelado pelo novo tipo penal é a manutenção do respeito às decisões judiciais. O sujeito ativo do crime é apenas a pessoa vinculada à medida protetiva de urgência, tratando-se, portanto, de crime próprio. O sujeito passivo, por outro lado, é, primariamente, a Administração da Justiça, mas secundariamente a própria vítima da violência doméstica e familiar. Justamente por isso, já vislumbramos uma possível divergência na doutrina.

Considerando que se trata de crime contra a Administração da Justiça, certamente surgirão entendimentos no sentido de que o artigo 41, da Lei Maria da Penha, que afasta a aplicação da Lei 9.099/95 e, conseqüentemente, todos os seus benefícios, não deveria ser observado no caso específico dessa infração penal, afinal, numa análise objetiva da conduta, não haveria violência doméstica, familiar ou afetiva contra a mulher.

Data máxima vênia, mas essa posição não merece prosperar. Primeiro porque, conforme destacado, a mulher é a vítima indireta da conduta, ficando absolutamente exposta com o descumprimento das ordens judiciais. Não se pode olvidar que nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei 11.340/06, constitui *violência psicológica* qualquer conduta que cause dano emocional à mulher. Ora, é evidente que ao desrespeitar uma ordem judicial o agente abala diretamente a estrutura emocional da vítima, que se sentirá vulnerável a prática de outras infrações penais, gerando angústia e isolamento.

Demais disso, numa interpretação sistemática e teleológica da Lei, só podemos concluir que a intenção do legislador foi a de ampliar o âmbito de proteção à mulher, o que é reforçado pela previsão constante no §2º, do novo artigo 24-A, que proíbe a concessão de liberdade provisória mediante fiança pelo delegado de polícia, conforme veremos melhor adiante, restringindo essa prerrogativa ao juiz.

Ora, torna-se evidente que ao mencionar a vedação da fiança em caso de prisão em flagrante pelo delegado de polícia, a “mens legis” é exatamente a de aplicar o disposto no artigo 24-A em coerência com o disposto no artigo 41 do mesmo diploma, ou seja, afastar a Lei 9.099/95 e possibilitar a prisão em flagrante, sem que imperem os benefícios típicos das infrações de menor potencial, tais como a substituição da prisão em flagrante pela lavratura de um simples Termo Circunstanciado com liberação do ofensor.

Não há que se falar em inconstitucionalidade na previsão de infrações com penas máximas até 2 anos que não sejam tratadas como de menor potencial. Isso porque a Constituição Federal é explícita em deferir ao legislador ordinário a missão de estabelecer o que será ou não tratado como infração de menor potencial (artigo 98, I, CF). Ademais, o STF já reconheceu a plena constitucionalidade do disposto no artigo 41 da Lei Maria da Penha (ADC 19, de 09.02.2012).

Por fim, nos termos do artigo 4º, da Lei Maria da Penha, na sua interpretação deve sempre ser levado em consideração os fins a que se destina. Com efeito, o tipo penal em questão só pode ser interpretado de uma forma que amplie a proteção a mulher vítima de violência doméstica ou familiar.

Conforme adiantamos, o §2º, do artigo 24-A estabelece que na hipótese de prisão em flagrante, “apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança”. Não resta dúvida de que com essa previsão legal o legislador objetivou assegurar os interesses da vítima, ampliando, assim, os rigores previstos na Lei Maria da Penha, que, além de impossibilitar a adoção dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 (art.41), também proíbe a imposição de penas de caráter pecuniário (art.17) e ainda cria regras especiais para a retratação ao direito de representação (art.16).

Conclui-se, destarte, que o §2º, do artigo 24-A, afasta o poder cautelar do delegado de polícia de conceder liberdade provisória mediante fiança, previsto no artigo 322, do CPP. Embora seja compreensível e até elogiável a intenção do legislador na proteção da mulher, vislumbramos uma violação ao princípio da proporcionalidade nessa inovação.

Explicamos. O novo crime em estudo representa um tipo penal preventivo, cujo foco é evitar a prática de condutas que possam atingir bens jurídicos mais relevantes. Trata-se de crime de perigo, pois ao descumprir uma medida protetiva, o agente coloca em risco a integridade física, psicológica, patrimonial, sexual e moral da vítima.

Desse modo, nos parece desproporcional a vedação de fiança pelo delegado de polícia em um crime de perigo, quando o benefício pode ser concedido nos crimes de dano, tais como lesão corporal, ameaça, injúria etc. Apenas para ilustrar, se o agente descumprir uma medida protetiva de não se aproximar da vítima com o objetivo de lhe entregar flores, pratica o crime do artigo 24-A, inafiançável na esfera policial; mas se a agredir efetivamente, causando-se lesões

corporais de natureza leve, responde pelo crime do artigo 129, §9º, do CP, e poderá ser beneficiado com a fiança, desde que, obviamente, não pratique tal agressão depois de ter contra si decretada medida protetiva, senão seria caso de concurso de crimes e a presença da desobediência impediria a fiança.

Anote-se que o que se aponta aqui não é uma violação da proporcionalidade sob o prisma negativo (garantismo negativo ou inconstitucionalidade por excesso), mas pelo prisma positivo (garantismo positivo ou inconstitucionalidade por deficiência protetiva). Não tem cabimento que a mera desobediência seja inafiançável para o delegado de polícia e os demais casos de violência contra a mulher admitam essa contracautela. Entende-se que, em regra, o agressor nesses casos não deveria fazer jus à fiança, visando salvaguardar imediatamente a integridade física e psíquica da mulher vitimada. Nos casos específicos de incidência na desobediência agora erigida a infração penal autônoma, seria também o caso de, ao menos em regra, haver a mais rápida possível decretação da prisão preventiva ou a conversão da prisão em flagrante em preventiva, considerando que o descumprimento das medidas protetivas devem levar a essa medida extrema, visando a neutralização do agressor em termos cautelares (artigo 312, CPP – ordem pública – c/c artigo 313, III, CPP c/c artigo 20 da Lei 11.340/06).

A vedação da fiança arbitrada pelo delegado de polícia em tais casos não viola a Constituição Federal em termos de proporcionalidade sob o ângulo negativo. Não há que comparar o entendimento do STF quando tratou da vedação de fiança para crimes previstos no Estatuto do Desarmamento (Adin 3.112-1, de 10.05.2007). Naquela oportunidade, o que despontava era a aproximação do tratamento de meros crimes de perigo abstrato ao tratamento reservado a crimes hediondos.

No caso da violência doméstica e familiar contra a mulher, mais do que um mandamento constitucional interno de criminalização, como ocorre com os crimes hediondos (artigo 5º., XLIII, CF), o Brasil reconhece por tratados internacionais e na legislação interna que essa espécie de violência constitui grave violação dos Direitos Humanos (vide artigo 6º, da Lei 11.340/06 c/c artigo 4º, II, CF). São exemplos de documentos internacionais que corroboram esse posicionamento e foram ratificados pelo Brasil: a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”); a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher “Beijing”, dentre outros.

Feitas essas observações, destacamos dois aspectos que vêm passando ao largo da doutrina ainda incipiente sobre o tema. O primeiro se refere ao fato de que para que o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência se caracterize, é indispensável a intimação do sujeito passivo da medida. Assim, caso haja dúvida sobre a sua intimação e ciência, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, consectário do estado de inocência, o delegado de polícia não deve decretar a sua prisão em flagrante e apenas registrar a ocorrência para que os fatos

sejam melhor apurados em sede de inquérito policial. Indo mais além, se realmente o indivíduo ainda não foi intimado da medida, não há como imputar-lhe violação, de modo que o próprio processo criminal não deve prosperar.

Já uma segunda questão é mais palpitante e se refere aos casos em que a própria vítima da violência doméstica e familiar concorre para o descumprimento da medida protetiva. Isto, pois, nossa experiência nos plantões de Polícia Judiciária nos fez perceber que em inúmeras situações a vítima, mesmo contemplada com a medida protetiva, acolhe o agressor em sua casa, aceitando que ele volte a fazer parte de sua vida.

Em tais situações, cremos que resta desconfigurado o crime do artigo 24-A, haja vista que a medida protetiva é decretada em favor da vítima e, o que é importante, em virtude de seu requerimento. Nesse contexto, trata-se de um benefício disponível e que não deve sofrer a ingerência excessiva do Estado. Se a própria beneficiária abriu mão da proteção que lhe foi conferida, não há razão para a responsabilização criminal daquele que descumpriu a ordem judicial.

Em reforço a essa conclusão, nos valem da teoria da imputação objetiva, que afasta a tipicidade da conduta. Ao descumprir uma medida protetiva com a anuência da vítima, o agente não cria ou incrementa um risco proibido relevante. Não há, em nosso sentir, ofensa ao bem jurídico que se busca proteger com a criminalização da conduta, qual seja, a dignidade da mulher. Com efeito, não há que se falar na caracterização do crime por ausência de tipicidade material.

Há que ressaltar que na dogmática tedesca há recentes estudos a indicarem limites ao poder de punir estatal sempre que a vítima de uma infração não se tenha feito valer de seus próprios meios de autodefesa. Afirma-se que quando há um grave descuido de autoproteção por parte da vítima em casos concretos, é de se afastar a incidência do Direito Penal, considerando sua característica de medida de “ultima ratio”, bem como levando em conta os estudos da chamada “vitimodogmática”, ou seja, as situações de autocolocação da própria vítima em risco ou situações em que a vítima precipita ou provoca a ação criminosa.^[4]

Como aduz Hörnle: “De este modo, la omisión de las medidas de protección tendría como consecuencia, en tipos penales completamente distintos, la ausencia de castigo o un castigo menor al autor”.^[5]

Para aqueles que não se contentarem com esses argumentos, vislumbra-se, ademais, uma causa supralegal de exclusão da ilicitude pelo consentimento da ofendida, o que também inviabilizaria a prisão em flagrante do agente. Isso tendo em vista que a própria Lei 11.340/06 condiciona, ao menos em regra (artigo 18), a concessão da medida ao pedido da ofendida. Dessa forma, é de se concluir que o consentimento da vítima nesses casos é de extrema relevância para a descaracterização delitiva.

Também não se pode perder de vista que esse consentimento da ofendida tem de ser livre e consciente. Casos em que a vítima foi constrangida ou ludibriada, havendo evidente vício de sua vontade, jamais afastarão a incidência do novo tipo penal. Eventualmente, se a medida protetiva foi deferida judicialmente a pedido do Ministério Público, nos termos do artigo 19, da Lei 11.340/06, sem a anuência da vítima, há que considerar que, então, sua vontade será indiferente para a caracterização do tipo penal em destaque. No entanto, tais casos de atuação “ex officio” do Ministério Público devem ser extremamente (como o são na prática) excepcionais, reservados a casos em que fique evidente que o não requerimento da vítima se processa por nítido constrangimento, temor ou outros fatores inibidores ou neutralizadores da ação da ofendida (pessoa incapaz, por exemplo). Não havendo tais situações excepcionais, a decretação da medida contra a vontade da ofendida constitui uma odiosa violação de sua dignidade humana e de sua autonomia.

É preciso ter em mente ainda que o Brasil não adotou o mesmo sistema da Espanha, por exemplo, em que a desobediência a medidas protetivas pode ser imputada tanto ao agressor como à ofendida, configurando o que lá se denomina de “quebrantamiento de condena”. Aqui, a medida protetiva é adotada *em prol* da mulher vitimizada e *contra* o agressor. A ordem judicial se dirige, portanto, ao agressor e não à ofendida, a qual não tem como desobedecer um mandamento que não se lhe foi dirigido pela Administração da Justiça. Na lição de Karam:

Na inspiradora legislação espanhola, o descumprimento de medidas de proteção, análogas às previstas na nova lei brasileira, conduz à configuração do *quebrantamiento de condena* (artigo 468, 2 do Código Penal espanhol), que, incluído dentre os crimes contra a administração da justiça, é reconhecível independentemente ou mesmo contrariamente à vontade da mulher em nome de cuja proteção são decretadas as descumpridas medidas, o que pode implicar na absurda situação de se privar a própria mulher de prosseguir ou retomar a convivência com o apontado autor da alegada violência de gênero, ou até mesmo em imputação a ela da prática daquele mesmo crime de *quebrantamiento de condena*, na qualidade de partícipe. [6]

Entende-se, inclusive, que nosso país, ao menos nesse ponto, adotou uma política criminal mais condizente com a realidade e respeitadora da autonomia da mulher enquanto pessoa capaz de dirigir sua própria vida, sem abandonar o intuito protetivo. Enfim, o Brasil adota um sistema de *proteção* e não de *tutela* da mulher pelo sistema, reconhecendo sua dignidade sob os mais variados ângulos. O mesmo se pode dizer do homem, inicialmente agressor e submetido a uma medida protetiva de afastamento, o qual somente retorna em aproximação porque é permitido pela pessoa que, num primeiro momento, havia pedido seu afastamento. Não parece correto realmente que o Estado se imiscua em questões existenciais de

tal jaez, pois que tal intromissão seria típica de um paternalismo injustificável em relação a pessoas humanas capazes.

REFERÊNCIAS

HÖRNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección. In: PLANAS, Ricardo Robles (org.). *Límites al Derecho Penal*. Trad. Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, p. 87 – 100, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCrim*. n. 168, p. 6 – 7, Nov., 2006.

NOTAS:

[1] Delegado de Polícia, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Pós-Graduado com Especialização em Direito Público. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de Lorena/SP. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

[2] STJ, HC 338.613/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 19.12.2017.

[3] STJ, HC 406.951/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 06.10.2017.

[4] HÖRNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección. In: PLANAS, Ricardo Robles (org.). *Límites al Derecho Penal*. Trad. Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012, p. 87 – 100.

[5] Op. cit., p. 89.

[6] KARAM, Maria Lúcia. Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCrim*. n. 168, Nov., 2006, p. 6.

PARCERIAS E A ADEQUADA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

JOSÉ FELIPPE RANGEL DA SILVA:
Graduado em Direito pela PUC-RJ.
Especialista em Direito Público pela UCP-RJ.
Servidor público federal.

RESUMO: O presente artigo versa acerca da realização de parcerias para a adequada prestação dos serviços públicos. Busca-se indicar os principais elementos das parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada, atrelando-se o sucesso dessas ao bem público.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços Públicos. Parcerias. Concessão. Permissão. Autorização.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Parcerias para a prestação de serviços públicos. 2.1 Concessão. 2.2 Permissão. 2.3. Autorização. 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A noção de serviço público tem como finalidade o bem público. Dessa forma, a Administração Pública deve garantir que prestação dos serviços públicos seja adequada aos ditames constitucionais imprescindíveis à garantia do mínimo existencial de todas as pessoas.

Salienta-se que para tal intento a Administração pode atrelada a iniciativa privada realizar parcerias visando a adequada prestação dos Serviços Públicos.

2. Parcerias para a prestação de Serviços Públicos

O vocábulo parceria merece ser analisado. Segundo Antônio Houaiss, parceria significa uma “reunião de indivíduos para alcançar um objetivo comum”. [\[1\]](#)

Destaca-se, novamente, que o Poder Público ao realizar uma parceria (em sentido amplo), deve ter como escopo sempre o interesse público.

Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que:

O vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para a satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive o lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a ideia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não na econômica.[2]

Adiante serão apresentados os principais aspectos das parcerias na Administração Pública, entre elas, a Concessão, a Permissão e a Autorização.

2.1 - Concessão

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.[3]

De acordo com a doutrina, somente os serviços de utilidade pública podem ser objeto do contrato de concessão. Já os serviços essenciais não admitem a transferência da execução. Contudo, vale lembrar que existe a chamada concessão legal de serviços públicos, que consiste na concessão de serviços públicos a pessoas jurídicas de direito público, tais como autarquias e fundações.

Determina a CRFB de 88, em seu art. 22, inciso XXVII, que compete a União legislar sobre normas gerais e cabem aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal o dever de adequação das normas gerais à realidade de cada local, ou seja, estes últimos possuem competência legiferante. Tais normas gerais foram fixadas na Lei 8.987/95.

Ressalta-se que, em razão da Lei nº 11.079/2004, foi criado o regime de contratação chamado de “parceria público-privada” e assim, as concessões de serviços regidas pela Lei nº 8.987/95 passaram a ser denominadas de “concessões comuns”. Existem duas espécies de contratos de “concessão comum”, que são respectivamente a concessão de serviços precedidos de obra pública e a concessão de serviços públicos simples.

O concessionário deve ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas. É vedado a pessoas físicas serem concessionárias de serviços públicos, de acordo com o previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/95.

Cabe citar que os atos do concessionário são passíveis de mandados de segurança, salvo os que não se relacionem com o serviço contratado.

O contrato administrativo de concessão deve ser precedido de licitação. Em geral, a modalidade de licitação obrigatória é a concorrência, admitindo-se também o leilão para determinados serviços, conforme prevê a Lei nº 9.491/97. A tarifa inicial é fixada de acordo com os termos da proposta vencedora da concorrência. O contrato pode admitir revisão desta tarifa e também outras formas de obtenção de receita. Ao concessionário não é aplicável a imunidade tributária prevista no art. 150, §3º da CRFB.

É óbvio que os serviços prestados pelos concessionários devem ser executados respeitando os princípios inerentes aos serviços públicos, já estudados anteriormente neste trabalho. Caso contrário, é perfeitamente possível a intervenção realizada pelo concedente (União, Estado, Distrito Federal ou Município). A intervenção deve ser seguida de processo administrativo, iniciado em no máximo 30 dias da data do decreto da intervenção e tem com prazo máximo de duração 180 dias, conforme previsto pela Lei nº 8.987/95, no artigo 32 e seguintes.

A extinção da concessão, além do termo final do prazo (onde a extinção se opera “pleno iure”, sem necessidade de qualquer ato anterior de notificação), pode ocorrer por: encampação, caducidade, anulação, rescisão ou por falência ou extinção da empresa individual.

A encampação consiste na ocupação ou retomada do serviço pelo poder concedente, por motivo de interesse público, conforme prevê o art. 37 da Lei nº

8.987/95. Em decorrência do paralelismo das formas, se a lei autorizou a concessão, para ocorrer a encampação deve existir outra lei que a determine. A encampação opera efeitos “ex nunc”.

Por sua vez, a caducidade ocorre quando o concessionário descumpre gravemente as obrigações assumidas no contrato de concessão. É imprescindível a realização de procedimento administrativo próprio, garantindo-se, como sempre, a ampla defesa e o contraditório, já que se trata de uma sanção.

Já a anulação pode decorrer de uma ilegalidade na concessão, tanto no processo licitatório quanto na contratação. A anulação gera efeitos “ex tunc”, retroagindo, desta maneira, até a ilegalidade. Esta pode ser imposta pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário (a ilegalidade pode permitir o ajuizamento de ação civil pública ou de ação popular, nos termos da Lei nº 4.717/65).

Cabe destacar que a rescisão tem como pressuposto o descumprimento pelo poder concedente das normas regulamentares ou contratuais. O caminho para a rescisão é a via judicial, pois ao contrário da Administração o concessionário não pode valer-se da “exceptio non adimpleti contractus” (exceção do contrato não cumprido), já que, conforme determina a Lei nº 8.987/95, em seu art. 39, parágrafo único, os serviços a cargo do concessionário não poderão ser interrompidos ou paralisados até a decisão judicial transitada em julgado.

Outrossim, de acordo com o art. 35, inciso VI, da Lei nº 8.987/95, a falência ou extinção da empresa concessionária também operam efeitos extintivos da concessão.

Desta feita, as concessões têm importante função para que os serviços públicos sejam prestados à coletividade de maneira adequada. Para Marçal Justen Filho:

A concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Mas ainda, é um meio para realização de valores constitucionais fundamentais.^[4]

2.2 - Permissão

O art. 2º, IV, da Lei 8.987/95 define a permissão do seguinte modo: “permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

Aplicam-se a permissão os princípios regedores da concessão, porém, esta não é um contrato como a concessão, mas sim um ato administrativo precário.

Segundo Marçal Justen Filho: “permissão é o ato administrativo de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimento amortizáveis em prazo mínimo de tempo”.^[5]

Por outro lado, José dos Santos Carvalho Filho afirma que a permissão se trata de um contrato administrativo de adesão, o que a aproximaria ainda mais do instituto da concessão, conforme pode ser observado no trecho transcrito abaixo:

Para alguns intérpretes, teria havido impropriedade da lei, porque, a considerar-se ambas como contrato, desapareceria fatalmente a única distinção de relevo entre os dois institutos. Outros, entretanto, numa visão mais literal do mandamento constitucional, preferiam advogar o entendimento de que, a partir da Constituição de 1988, a permissão de serviço público haveria de ter a natureza jurídica de contrato administrativo.^[6]

Por tratar-se de um ato precário, as permissões regem situações passageiras com possibilidade de revogação unilateral e sem qualquer indenização.

Vale citar Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente, quando: a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do

serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que realizaria a satisfação econômica almejada.^[7]

O permissionário, bem como ocorre na concessão, é sujeito à responsabilidade civil objetiva, já que são destinatárias deste mandamento tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as pessoas privadas prestadoras de serviços públicos.

A extinção da permissão pode ocorrer pelo termo final do prazo, por anulação, em decorrência de encampação, de caducidade e também por rescisão (desfazimento por iniciativa do permissionário).

2.3 - Autorização

Através da autorização o Poder Público permite o exercício da atividade pelo particular. Ela possui natureza de ato administrativo, precário e discricionário e não depende de prévia licitação. A autorização, assim, é um ato que permite a execução de serviços transitórios, emergenciais por particulares.

Vale citar que segundo a doutrina um serviço autorizado é o ato que permite a execução de serviços provados de interesse coletivo, como, por exemplo, os serviços de táxi, de vigilância privada e de despachantes.

A doutrina diverge quanto a sua aplicação. Uma primeira corrente afirma pela inaplicabilidade da autorização aos serviços públicos, já que esta emerge primariamente do interesse privado. Já a segunda corrente defende a aplicação da autorização de serviço público como excepcional, somente quando por motivo de conturbação da ordem pública, a urgência a exigir. Por fim, uma terceira corrente, majoritária, diz ser possível a autorização de serviço público, pois o interesse indiretamente atingido é o da coletividade, apesar de primariamente emergir do interesse privado.

3. Conclusão

Isto posto, verifica-se que para a adequada prestação dos serviços públicos, homenageando-se os referidos ditames constitucionais derivados do postulado máximo da dignidade da pessoa humana (art 1º, III, CRFB/88; DUDH e CADH), a Administração Pública pode realizar parcerias com a iniciativa privada. Ressalta-se

que a Administração Pública deve prestar os serviços públicos preferencialmente de forma direta.

Entretanto, não pode se abster de prestar tais serviços em razão de ausência de recursos financeiros. Dessa forma, a realização de parcerias com a iniciativa privada é o caminho adequado, desde que com a necessária e adequada fiscalização preservando-se, assim, o interesse público e o bem comum.

4. Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Parcerias Público-Privadas: panorama da nova disciplina legislativa. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Org.). Parcerias Público-Privadas: Um enfoque multidisciplinar. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOTAS:

[1] HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2137.

[2] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.40.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.690.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.623.

[5] Ibid. p. 685.

[6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.450.

[7] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., 747.

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E PARTILHA DE RISCOS

SOFIA RAMOS SAMPAIO: Graduada em Direito pela UFPE. Pós Graduada em Direito Processual Tributário pela UFPE. Pós Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar como ocorre a partilha de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado no âmbito dos contratos de Parceria Público-Privada regulamentado pela Lei nº 11.079/04.

SUMÁRIO: 1. Contrato de Concessão Comum e Contrato de Concessão Especial. 2. As Parcerias Público-Privadas. 3. Partilha de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. 4. Referências Bibliográficas.

1. CONTRATO DE CONCESSÃO COMUM E CONTRATO DE CONCESSÃO ESPECIAL

O contrato de concessão de serviço público é aquele por meio do qual o Poder Público transfere a terceiros a execução do serviço público. Não há a transferência da titularidade do serviço, mas apenas da execução do mesmo, que será realizada pelo terceiro, chamado concessionário (DI PIETRO, 2012).

Deve-se diferenciar entre os contratos de concessão comum, que são regulados pela Lei nº 8.987/95 e os contratos de concessão especial, que são as parcerias público-privadas, instituídas pela Lei nº 11.079/04.

Os contratos de concessão comum podem ser tanto de concessão de serviços, quanto de concessão de serviço antecedido de obra. Aqui, as partes envolvidas são a Administração Pública, a concessionária e os usuários do serviço. A remuneração da concessionária é feita em sua totalidade pelas tarifas pagas pelos usuários do serviço. É por isso chamado de projeto autossustentável.

Os contratos de concessão especial, por sua vez, que são as parcerias público-privadas, podem se dar sob a forma de concessão de serviços, concessão de

serviço antecedido de obra ou de prestação de serviço. Aqui, apesar de as partes envolvidas serem as mesmas, ou seja, a Administração Pública, a concessionária e os usuários do serviço, a remuneração da concessionária ganha contornos diversos. De fato, nesse caso, a remuneração é feita pelas tarifas pagas pelos usuários juntamente à uma contraprestação paga pelo Poder Público ou apenas pela contraprestação do Poder Público, a depender da modalidade de parceria público-privada.

2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas foram instituídas pela Lei nº 11.079/04, com o intuito de promover a colaboração entre os setores público e privado no tocante à execução de serviços públicos, visando uma maior qualidade, eficiência e eficácia.

Segundo relatam Grimsey e Lewis (2002, p. 107),

Faced with pressure to reduce sector debt and, at the same time, expand and improve public facilities, governments have looked to private sector finance, and have invited private sector entities to enter into long-term contractual or management of public sector infrastructure facilities by the private sector entity, or the provision of services (using infrastructure facilities) by the private sector entity to the community on behalf of a public sector body.

Normalmente, as PPPs existem sob a forma denominada, em inglês de BOT - Build-Operate-Transfer, segundo qual, existe a obra, a operação do serviço e, ao final, a transferência para o Poder Público. O art. 2º da Lei nº 11.079/04 diz que a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Segundo conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 314),

a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento/instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Dentro de tal conceito, Maria Sylvia engloba ambas as modalidades de parcerias público-privadas existentes: a patrocinada e a administrativa. Ambas as modalidades são conceituadas na própria Lei nº 11.079/04, nos §§ 1º e 2º do art. 2º, *in verbis*:

§1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A parceria público-privada na modalidade patrocinada é, portanto, o contrato administrativo de concessão de serviço público, precedido ou não de obra pública, cuja remuneração é realizada em parte pelas tarifas pagas pelos usuários do serviço, juntamente com contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado (cessionário).

A parceria público-privada administrativa, por sua vez, é o contrato administrativo de prestação de serviço de que a Administração seja a usuária direta

ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. A remuneração, nesse caso, é apenas a contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público. Não há cobrança de tarifa dos usuários que podem vir a existir.

Apesar de a principal distinção entre a concessão comum e a especial (PPP) ser a forma de remuneração, outras diferenças podem ser encontradas. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), podem ser encontradas diferenças no tocante aos riscos, que nas PPPs são repartidos entre o parceiro privado e o parceiro público; no tocante às garantias que o Poder Público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto e no tocante ao compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (o Poder público pode oferecer garantias ao financiador do projeto, reduzindo os riscos do empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado).

Além disso, outras características são a possibilidade de a Administração Pública prestar garantias de cumprimento de sua contraprestação, que pode ser direta ou indireta e até 70% da remuneração total quando se trata de concessão patrocinada; a obrigatoriedade de constituição de uma sociedade de propósitos específicos e de um fundo garantidor; normas específicas para licitação; o prazo contratual que deve variar entre 5 e 35 anos e o limite mínimo do valor do contrato, que deve ser acima de 10 milhões.

3. PARTILHA DE RISCOS NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A grande novidade das parcerias público-privadas, é justamente a possibilidade de partilha de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado. Aliás, melhor falar em obrigatoriedade de tal partilha, uma vez que o art. 5º da mencionada Lei estabelece que:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Para Grimsey e Lewis (2002, p 109),

Although governments have been motivated into entering PPP arrangements by the desire to reduce debt (and contain taxation), another consideration has been the benefits of sharing financial risks and rewards between public and private sector bodies.

As PPPs diferenciam-se, portanto, das concessões comuns, uma vez que, segundo a Lei nº 8.987/95, não há compartilhamento de riscos quando de contratos de concessão comum. O que há nesses contratos é a execução do serviço concedido “por conta e risco” total do concessionário. Nesses casos, o que acontece é o repasse de tal risco para os usuários, através do preço das tarifas. As áleas extracontratuais, por sua vez, são todas resolvidas através do equilíbrio econômico-financeiro, não havendo, portanto, partilha de riscos (NÓBREGA, 2010).

Tal partilha de riscos é uma das marcantes características das parcerias público-privadas. Ela significa que os riscos advindos do contrato serão partilhados, de forma que o particular assumirá alguns riscos e o Poder Público também. Pode-se dizer que tal partilha de riscos é resultado da forma de remuneração diferenciada que existe em tais contratos de concessão especial. Isso porque, o Poder Público, ao se comprometer com a contraprestação, exige que o parceiro privado se comprometa com relação a certos riscos. Esse compartilhamento de riscos diminui o recurso à cláusula do equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que, estando diante de um risco assumido pelo parceiro privado, não poderá requerer do parceiro público tal reequilíbrio (NÓBREGA, 2010).

Uma outra característica da partilha de riscos é que, diferente do equilíbrio econômico-financeiro, que apenas é “acionado” quando da ocorrência do risco, a partilha é feita desde o momento de elaboração do contrato de PPP. Aliás,

esses é um dos pontos fundamentais para obtenção de bons resultados advindos da execução do contrato de PPP. Desde o contrato, deve ser feita uma partilha de riscos adequada e eficaz que permita a boa execução do mesmo.

O Project Management Institute (FREITAS, 2008, p. 67) diz que o risco é um

evento ou condição incerta que, caso ocorra, tem um efeito positivo ou negativo em pelo menos um dos objetivos do projeto, tal como tempo, custo, âmbito ou qualidade.

Vincula-se o conceito de risco ao de incerteza, portanto. Tal ideia também aparece em Keynes, que falava em incertezas e em construção de estratégias para lidar com o risco e sua ocorrência (NÓBREGA, 2010). Na atualidade, diz Freitas (2008), as incertezas podem ser estimadas de forma que se tornem probabilidades, tornando-se possível estimar o custo dos riscos e determinar medidas preventivas. Apesar de tais possibilidades, há riscos que não podem ser previstos ou que não podem ser estimados.

Diante de tal panorama, a decisão de se fazer uma PPP deve ser guiada por certas indagações, como a questão da prestação de serviços essenciais (se deve ser concedida a parceiro privado ou não), a questão do interesse público e a questão do valor acrescido a ser produzido pelo projeto. Esta última questão se mostra relevante para o tema da partilha de riscos nas PPPs. Isso porque, para se analisar a questão do valor acrescido, deve-se estimar o custo-benefício do projeto para verificar a sua viabilidade e, tal estimação pressupõe uma previsão de partilha de riscos a ser feita, de forma que torne possível um cálculo do custo-benefício do projeto (FREITAS, 2008).

Na previsão a ser feita acerca da partilha de risco, caberá à Administração Pública analisar quais os riscos que serão atribuídos ao parceiro privado e quais os que serão retidos pelo Poder Público. Aqui, poder-se-ia imaginar que a finalidade de Administração seria repassar todos os riscos do projeto para o parceiro privado, mas tal repasse impõe um maior custo a ser cobrado pelo parceiro privado, de forma que caberá à Administração fazer uma análise acerca do custo

que elas está disposta a pagar pelo repasse de tais riscos ao parceiro privado. Deve chegar, portanto, a um equilíbrio, no qual se percebe que certos riscos serão melhor “administrados” e “resolvidos” se deixados a cargo do Poder Público, uma vez que o custo a ser pago pelo repasse dos mesmos ao parceiro privado seriam bem maiores (FREITAS, 2008).

Essa é, portanto, a essência do contrato de parceria público-privada. Ele permite que haja tal compartilhamento, resultando em uma maior eficácia dos resultados do projeto, uma vez que os riscos podem ser partilhados para quem melhor pode os “administrar”, diminuindo os custos tanto para a Administração, quanto para o parceiro privado.

Segundo Bracey e Moldovan (2006, p. 4),

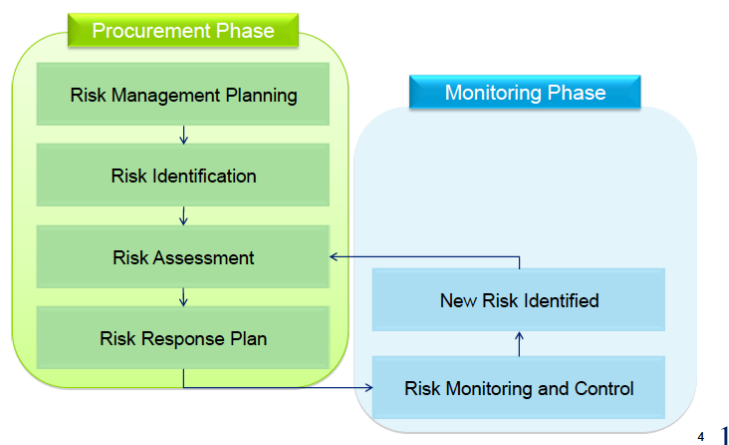
The creation of a risk sharing arrangement is not easy due to complex factors that must be considered in order to determine who will assume what risk and at what price. Furthermore, each Project is unique, and no “one size fits all” approach can be applied to all cases.

Todos esses procedimentos relacionados ao risco demandam, portanto, um estudo acerca de sua probabilidade de ocorrência, de seus impactos e custos. Esse “estudo” é chamado de gestão de risco, e percorre toda a execução do projeto. A doutrina aponta cinco fases de gestão do risco, quais sejam: (FREITAS, 2008)

1. Identificação dos riscos possíveis, levando em consideração também o momento de sua ocorrência, a depender das fases do projeto.
2. Avaliação dos riscos, que procura medir a probabilidade de ocorrência e o impacto/custos de suas consequências, caso venha a ocorrer.
3. Partilha de riscos.
4. Mitigação dos riscos e de suas consequências.
5. Monitorização e controle dos riscos.

Organizando essas fases em uma tabela, tem-se algo assim:

Risk Management
... covers the entire project lifecycle



A partilha de riscos, portanto, é feita apenas após terem sido os riscos possíveis identificados e avaliadas a probabilidade de ocorrência e o grau de impacto/custos de suas consequências. A partir daí, pode o Poder Público decidir acerca de que riscos irá transferir para o parceiro privado.

Segundo Marcos Nóbrega (2010, p. 5), “os riscos deverão ser alocados para a parte que tem melhor condição de gerenciá-los”. Ainda segundo o mesmo autor, há certos critérios que devem ser levados em consideração quando da partilha de riscos, quais sejam:

- a) Capacidade de influenciar o fator de risco – capacidade de modificar o resultado advindo de um risco.
- b) Capacidade de antecipar ou responder ao risco rapidamente.
- c) Capacidade de absorver o risco com menor custo.

Outras regras podem ser levantadas quando da partilha de risco, ou ditas de maneira diversa, como a de que os riscos só devem ser atribuídos a quem

¹ <http://www.unescap.org/ttdw/ppp/ppp-Iran2012/Presentations/2d-Risk-Management-in-PPPs.pdf>

tenha maior “competência, experiência e autoridade para gerir o risco de forma efetiva” ou que “possua a capacidade e recursos necessários para enfrentar a eventual materialização do risco” (FREITAS, 2008, p. 75).

Conforme dito anteriormente,

a questão que o sector público deve colocar a si mesmo aquando da decisão de transferência do risco é se o preço que irá pagar por essa transferência é maior ou menor do que aquele que pagaria caso assumisse o risco, tendo em conta as opções de mitigação a sua disposição. Ora, caso o custo de transferência seja superior, o sector público poderá assumir ele mesmo a gestão e mitigação do risco, gerando uma mais valia para o projecto. Do mesmo modo, não fará qualquer sentido para o sector público assumir um risco que poderá ser melhor gerido e mitigado pelo sector privado a custos mais reduzidos (FREITAS, 2008, p. 79).

Aponta-se, como mecanismos de “administração” dos riscos pelos parceiros privados a transferência dos riscos para terceiros, a utilização de seguros ou de instrumentos de mercados financeiros e a diversificação de projetos. Para o Poder Público, os mecanismos são semelhantes, destacando-se a transferência para terceiros que, nesse caso, são os consumidores finais.

Bracey e Moldovan (2006, p. 5), trazem uma tabela exemplificativa dos riscos assumidos pelo parceiro público e pelo parceiro privado:

Party and/or Risk	Affected by Assuming	Type of Risk
Private Sector		<i>Design, construction, and maintenance risk:</i> includes day to day operational and management risks, delays in acquiring necessary permits, problems with subcontractors, completion risk, and cost and schedule overruns.
		<i>Demand/revenue risk:</i> includes unexpectedly high or low demand compared to initial market assessments.
		<i>Political risk:</i> changes in government, changes in public policy, corruption and favoritism, lack of sanctity of contract, and arbitration difficulties.
		<i>Currency risk:</i> unexpected severe depreciation or appreciation of currency that affect the service provider's ability to pay investors.
Public Sector		<i>Political risk:</i> potential changes in public policy <i>Bankruptcy risk:</i> Private company declares bankruptcy while working on a contract.
		<i>Closure Risk:</i> The inability of the bidding party to reach financial closure.
		<i>Land risk:</i> expropriation and eminent domain issues, difficulties acquiring land.

Um aspecto interessante que cabe ser aqui abordado é o do compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. De acordo com a Lei nº 11.079/04, a contraprestação a ser paga pela Administração Pública só será efetivada quando entregue o serviço ou quando sua prestação tiver início. Daí é importante haver a figura do financiador do projeto, que custeará as obras que antecederão a prestação do serviço. Tal risco do financiamento caberá ao parceiro privado, mas o Poder Público poderá diminuir tal risco ao oferecer garantias ao financiador do projeto, possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado que serão compartilhados com a Administração Pública, conforme diz expressamente o art. 5º, inciso IX da mencionada Lei:

Art. 5º, IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

Ante o exposto, conclui-se que a partilha de risco prevista para os contratos de parceria público-privadas permitem uma alocação racional e planejada dos riscos inerentes a um contrato de concessão, resultando em um maior

comprometimento tanto pelo parceiro privado quando pela Administração Pública, no sentido de mitigar os riscos pertencentes a cada um e possibilitando, portanto, resultados mais eficazes tanto do ponto de vista econômico, quanto do da qualidade da prestação do serviço.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRACEY, N. and MOLDOVAN, S. *Public-Private-Partnerships: Risks To The Public And The Private Sector*. 6th Global Conference on Business and Economics, Boston, 2006.

DI PIETRO, M. S. Zanella. *Direito Administrativo*, 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, C. M. Soares. *Análise De Risco E Definição De Critérios De Avaliação E Monitorização Em Empreendimentos Do Tipo PPP (Public-Private Partnerships)*. Mestrado em Construção de Edifícios - 2006/2008 - Departamento de Engenharia Civil, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2008.

GRIMSEY, D. and LEWIS, M. *Evaluating The Risks Of Public Private Partnerships For Infrastructure Projects*. **International Journal of Project Management** 20, 2002, p. 107/118.

NÓBREGA, Marcos. *Riscos Em Projetos De Infraestrutura: Incompletude Contratual; Concessões De Serviço Público e PPPs*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 23, agosto/setembro/outubro, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

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

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir a Organização dos Estados Americanos. A Organização dos Estados Americanos tem como princípio básico o respeito à soberania e à independência dos países do continente. Os impasses internacionais, envolvendo dois ou mais Estados americanos, deverão ser solucionados de forma pacífica, sendo que a agressão a uma nação americana constitui uma agressão a todos os demais países da organização. Essa organização tem desenvolvido projetos para garantir a paz e a segurança continental, solucionar problemas políticos e econômicos, discutir ações para promover o desenvolvimento econômico e social, organizar ajuda humanitária em caso de catástrofes, entre outras ações. Para assegurar esses objetivos e princípios, a OEA trabalha abordando aspectos da democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento.

Palavras-chave: OEA; Solução de conflitos; Políticos; Econômicos; Segurança continental.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the Organization of American States. The Organization of American States has as its basic principle respect for the sovereignty and independence of the countries of the Hemisphere. International impasses, involving two or more American states, must be solved peacefully, and aggression against one American nation is an aggression on all the other countries of the organization. This organization has developed projects to guarantee continental peace and security, solve political and economic problems, discuss actions to promote economic and social development, organize humanitarian aid in the event of catastrophes, among other actions. To ensure these goals and principles, the OAS works on aspects of democracy, human rights, security and development.

Keywords: OAS, Conflict resolution, Politicians, Business, Center Continental security.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto discutir la Organización de los Estados Americanos. La Organización de los Estados Americanos tiene como principio básico el respeto a la soberanía ya la independencia de los países del continente. Los impasses internacionales, involucrando a dos o más Estados americanos, deberán ser solucionados de forma pacífica, siendo que la agresión a una nación americana constituye una agresión a todos los demás países de la organización. Esta organización ha desarrollado proyectos para garantizar la paz y la seguridad continental, solucionar problemas políticos y económicos, discutir acciones para promover el desarrollo económico y social, organizar ayuda humanitaria en caso de catástrofes, entre otras acciones. Para asegurar estos objetivos y principios, la OEA trabaja abordando aspectos de la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo.

Palabras clave: OEA, Solución de conflictos, Políticos, Económica, Seguridad continental.

1 INTRODUÇÃO

A Organização dos Estados Americanos é o mais antigo organismo regional do mundo. A sua origem remonta à Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, de outubro de 1889 a abril de 1890. Esta reunião resultou na criação da União Internacional das Repúblicas Americanas, e começou a se tecer uma rede de disposições e instituições, dando início ao que ficará conhecido como “Sistema Interamericano”, o mais antigo sistema institucional internacional.

A OEA foi fundada em 1948 com a assinatura, em Bogotá, Colômbia, da Carta da OEA que entrou em vigor em dezembro de 1951. Posteriormente, a Carta foi emendada pelo Protocolo de Buenos Aires, assinado em 1967 e que entrou em vigor em fevereiro de 1970; pelo Protocolo de Cartagena das Índias, assinado em 1985 e que entrou em vigor em 1988; pelo Protocolo de Manágua, assinado em 1993 e que entrou em vigor em janeiro de 1996; e pelo Protocolo de Washington, assinado em 1992 e que entrou em vigor em setembro de 1997.

A Organização foi criada para alcançar nos Estados membros, como estipula o Artigo 1º da Carta, “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua

solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”.

Hoje, a OEA congrega os 35 Estados independentes das Américas e constitui o principal fórum governamental político, jurídico e social do Hemisfério. Além disso, a Organização concedeu o estatuto de observador permanente a 69 Estados e à União Europeia (EU).

Para atingir seus objetivos mais importantes, a OEA baseia-se em seus principais pilares que são a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento.

A OEA realiza os seus fins por intermédio dos seguintes órgãos:

Assembleia Geral;

Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores;

Conselhos (Conselho Permanente e Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral);

Comissão Jurídica Interamericana;

Comissão Interamericana de Direitos Humanos;

Secretaria Geral;

Conferências Especializadas;

Organismos Especializados e

outras entidades estabelecidas pela Assembleia Geral.

A Assembleia Geral realiza períodos ordinários de sessões uma vez por ano. Em circunstâncias especiais reúne-se em períodos extraordinários de sessões. A Reunião de Consulta é convocada a fim de considerar problemas de natureza urgente e de interesse comum e para servir de Órgão de Consulta na aplicação do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), o principal instrumento de ação solidária em caso de agressão. O Conselho Permanente toma

conhecimento dos assuntos de que o encarreguem a Assembleia Geral ou a Reunião de Consulta e executa as decisões de ambas, quando seu cumprimento não haja sido confiado a nenhuma outra entidade; vela pela manutenção das relações de amizade entre os Estados membros, bem como pela observância das normas que regulam o funcionamento da Secretaria Geral e, ademais, atua provisoriamente como Órgão de Consulta para a aplicação do TIAR. A Secretaria Geral é o órgão central e permanente da OEA. A sede, tanto do Conselho Permanente como da Secretaria Geral, é a cidade de Washington.

Objetivos principais da OEA:

Fortalecimento do regime democrático nos países do continente americano;

Combate ao terrorismo;

Busca de soluções pacíficas para conflitos econômicos, sociais e culturais entre os países membros;

Integração econômica entre os países membros;

Tratamento de questões envolvendo o meio ambiente;

Combate ao tráfico de drogas e armas;

Combate à lavagem de dinheiro e corrupção.

2 DESENVOLVIMENTO

Países Membros da OEA: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Estados Unidos, Uruguai, Venezuela, Barbados, Trinidad e Tobago, Jamaica, Granada, Suriname, Dominica, Santa Lúcia, Antígua e Barbuda, São Vicente e Granadinas, Bahamas, São Cristóvão e Nevis, Canadá, Belize, Guiana.

A OEA utiliza uma estratégia quádrupla para implementar eficazmente esses objetivos essenciais. Os quatro pilares da Organização (democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento) se apoiam mutuamente e estão transversalmente interligados por meio de uma estrutura que inclui diálogo político,

inclusividade, cooperação, instrumentos jurídicos e mecanismos de acompanhamento, que fornecem à OEA as ferramentas para realizar eficazmente seu trabalho no hemisfério e maximizar os resultados.

Diálogo Político, Cooperação, Mecanismos de Acompanhamento, Patrimônio Jurídico e Tópicos.

Cuba foi suspensa da OEA em 31 de janeiro de 1962, após o seu governo declarar o caráter socialista da Revolução Cubana e se aliar à URSS. A decisão foi adotada na 8ª Assembleia em Punta del Este, Uruguai. Quatorze países votaram pela suspensão, Cuba votou contra e seis países se abstiveram (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Equador e México). De fato, tratava-se da exclusão do governo de Cuba - e não do estado membro - conforme os termos da resolução, cuja parte substantiva diz o seguinte:

a adesão por qualquer membro da OEA ao marxismo-leninismo é incompatível com o sistema interamericano e o alinhamento de qualquer governo com o bloco comunista quebra a unidade e a solidariedade do continente;

o presente governo de Cuba, que se identificou oficialmente como marxista-leninista, incompatibilizou-se com os princípios e objetivos do sistema interamericano;

esta incompatibilidade excluiu o presente governo de Cuba da participação no sistema interamericano.

Isto significa que o estado cubano tecnicamente ainda era membro da organização; mas era negado ao governo de Cuba o direito de representação, participação nas reuniões e demais atividades da organização. A posição da OEA - questionada por alguns estados membros - era de que, embora a participação de Cuba estivesse suspensa, suas obrigações com relação à Carta da OEA, à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, etc. ainda se mantinham. Assim, por exemplo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos continuava a publicar relatórios sobre a situação dos direitos humanos em Cuba e a ouvir casos individuais envolvendo cubanos.

Sobre os pedidos de explicações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a posição de Cuba foi expressa em nota oficial enviada à OEA, como "simples cortesia," por seu ministro das Relações Exteriores, Dr. Raúl Roa García, em 4 de novembro de 1964. A nota dizia que Cuba tinha sido arbitrariamente excluída da OEA e que a organização não tinha jurisdição, nem autoridade fatural, jurídica ou moral sobre um estado que a própria organização havia ilegalmente privado dos seus direitos.

A suspensão foi revogada em 2009 pela 39ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Será criado um grupo de trabalho para tratar do retorno de Cuba às atividades da entidade.

Em virtude do golpe de Estado realizado em Honduras no ano de 2009, o qual expulsou do poder o Presidente José Manuel Zelaya, a Organização dos Estados Independentes invocou o Artigo 21 da Carta Democrática Interamericana, suspendendo o direito de participação ativa de Honduras na organização.

A experiência cooperativa promovida pela OEA insere-se na ampla realidade e nos propósitos do pan-americanismo. Este é definido como o movimento continental objetivando a integração nas áreas de segurança militar, das relações públicas, de comércio e investimentos e no campo de valores ideológicos. O Sistema Interamericano estruturou-se a partir da Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos (1899-90) e englobava as três Américas.

Em 30 de abril de 1948, a IX Conferência dos Estados Americanos adotou três textos: um sobre os princípios (Declaração dos Direitos do Homem), um organizacional, denominada Carta de Bogotá, e um texto jurídico - o Pacto - sobre os processos decisórios. Estes textos entraram em vigor a 13 de dezembro de 1951 e fizeram surgir a Organização dos Estados Americanos. A OEA é o principal fórum político da região para o diálogo e ações multilaterais, possuindo quatro línguas oficiais, inglês, espanhol, francês e português.

Na atual estrutura da OEA, a Assembleia Geral é o maior órgão, dotado de larga competência, no qual todos os países membros têm representação. A Assembleia se reunirá anualmente e cabe a ela decidir sobre ações e políticas gerais, bem como definir o orçamento, a estrutura e funções do conjunto da organização.

A Reunião dos Ministros das Relações Exteriores deve reunir-se quando surgirem problemas de caráter urgente e de interesse comum para os Estados Americanos, que coloquem em perigo a paz continental.

O Conselho Permanente está encarregado de velar pela manutenção das relações de amizade entre os Estados-Membros e propor soluções pacíficas para eventuais controvérsias. Todos os Estados-Membros são representados, e o mandato de presidência, que não pode ser superior a seis meses, será exercido sucessivamente seguindo a ordem alfabética dos nomes dos países. As decisões são tomadas pela maioria de dois terços.

O Conselho Interamericano Econômico e Social é auxiliado por uma Comissão Executiva de oito membros e reuni-se anualmente. Sua finalidade é promover a cooperação entre os países americanos com o objetivo de conseguir seu desenvolvimento econômico e social.

O Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura reúne um representante de cada Estado-Membro, designado expressamente e tem como objetivo elevar o nível cultural de seus habitantes e fortalecer os sentimentos de paz, democracia e justiça social.

A Comissão Jurídica Interamericana é o corpo consultivo da Organização em assuntos jurídicos.

A função principal da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo em tal matéria. Ela coloca à disposição dos estados-Membros a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. Por outro lado, há a Corte Interamericana de Direitos Humanos, composta por sete juízes de diferentes nacionalidades dos Estados-Membros, eleitos pelo voto da maioria na Assembleia Geral. Somente os Estados-Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

Finalmente, a antiga União Pan-Americana é transformada no Secretariado da OEA. Esse é sediado em Washington e dirigido por um Secretário Geral com um mandato de cinco anos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Organização dos Estados Americanos tem como princípio básico o respeito à soberania e à independência dos países do continente. Os impasses internacionais, envolvendo dois ou mais Estados americanos, deverão ser solucionados de forma pacífica, sendo que a agressão a uma nação americana constitui uma agressão a todos os demais países da organização.

Essa organização tem desenvolvido projetos para garantir a paz e a segurança continental, solucionar problemas políticos e econômicos, discutir ações para promover o desenvolvimento econômico e social, organizar ajuda humanitária em caso de catástrofes, entre outras ações. Para assegurar esses objetivos e princípios, a OEA trabalha abordando aspectos da democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 14ª ed. — São Paulo: Saraiva, 2000.

ARRIGHI, Jean Michel. *Organização dos Estados Americanos*. São Paulo: Manoele, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 2º volume. 11ª ed. — Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 7ª ed. rev. — São Paulo: Saraiva, 1998.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Textos fundamentais do Direito das Relações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____ e VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. 3ª ed. rev. ampl. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

O IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

ANTÔNIO AUGUSTO SOUZA DIAS JÚNIOR:
Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando em Tributação Internacional pelo IBDT. Procurador da Fazenda Nacional em Campinas.

Noções gerais e características

O imposto sobre a importação (II) está previsto no artigo 153, I da CF, sendo de competência da União e vocacionado a estimular/desestimular um determinado comportamento ao contribuinte (é, portanto, um tributo **extrafiscal** ou regulatório).

O II, desse modo, é um instrumento destinado à proteção da indústria nacional. Por esse motivo, sua incidência só se justifica quando há **similaridade** entre o produto estrangeiro e o nacional. Nas palavras de Regina Helena Costa,

“(...) se há produto similar nacional, a importação do produto estrangeiro será gravada pelo Imposto de Importação, exatamente porque, como visto, a função precípua desse imposto é a proteção da indústria nacional. Diversamente, em se tratando de produto sem similar nacional, em condições de substituir o importado, é caso de isenção, porquanto não há o que proteger” (COSTA, 2014, p. 352)

Essa extrafiscalidade exige maior liberdade para responder às oscilações do comércio exterior, e por isso o Poder Executivo pode alterar suas alíquotas dentro das condições e dos limites estabelecidos em lei (CF, artigo 153, § 1º), o que configura uma **mitigação do princípio da legalidade** do direito tributário. Essa alteração de alíquotas por decreto, entretanto, deve ser motivada, sendo inválidas as Resoluções do Conselho de Política Aduaneira, que, em seu texto, não trazem a fundamentação em que se basearam para fixar aquela pauta.” (STF, RE 94.205-0-SP, Rel. Min. Moreira Alves)

Posteriormente, o **Pleno do STF adotou posição mais favorável à União** e considerou válida a motivação que não se encontra no próprio decreto, mas apenas no processo administrativo que a ele deu origem:

“A motivação do decreto que alterou as alíquotas encontra-se no procedimento administrativo de sua formação, mesmo porque os motivos do decreto não vêm nele próprio.” (STF, RE 225.602-8, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/11/1998, DJ 06.04.2001)

Também como decorrência de sua função regulatória, o II não se submete à anterioridade anual e nonagesimal. Tal característica regulatória do II inclusive serve de vetor interpretativo para suas normas, como entende o STJ (REsp 601.022/RJ, Rel. Min. Humberto Martins 2ª Turma, DJe de 16/12/2009).

Em outro julgado, o STJ acolheu a argumentação da Advocacia Pública e posicionou-se pela impossibilidade de o Judiciário adentrar nas razões da redução de alíquota do II pelo Poder Executivo, abordando o tema da extrafiscalidade do II sob a ótica da separação dos poderes e da conveniência e oportunidade do ato administrativo:

“Não compete ao Poder Judiciário adentrar nos motivos pelos quais a CAMEX, em sua Resolução n. 10/2005, limitou o benefício a equipamentos com determinada capacidade, sobretudo porque a redução de alíquota do Imposto de Importação, em razão de sua natureza extrafiscal, está afeta às políticas sociais e econômicas elaboradas pelo Poder Executivo, cujo mérito administrativo, conforme comezinhada lição de direito administrativo, não se sujeita ao controle jurisdicional, salvo quanto à sua constitucionalidade e legalidade. (...)” (STJ, REsp 1.145.540/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe de 28/10/2010, grifado pelo autor).

Fato gerador

O II não é um imposto incidente sobre uma operação necessariamente comercial. Sua materialidade não está ligada à noção de transferência da titularidade. O que importa, para se configurar o fato gerador do II, é a **entrada de produto estrangeiro no território nacional** (artigo 19 do CTN).

Leandro Paulsen ensina que

“O aspecto material da hipótese de incidência do Imposto sobre a Importação é a entrada do produto estrangeiro, ou seja, de qualquer bem produzido no exterior, pela natureza ou pelo homem. Não se restringe à entrada de produtos industrializados e de produtos corpóreos. Alcança também produtos para a incorporação no ativo fixo das empresas ou mesmo para consumo pelo importador, produtos naturais e eventuais produtos intangíveis.” (PAULSEN e MELO, 2012, p. 17, grifo nosso)

Enquanto o art. 153, I da CF e o art. 19 do CTN falam em produtos, o art. 1º do DL 37/66 fala em mercadoria ao se referir ao objeto da importação.

De fato, há diferença entre esses dois conceitos. Como mercadoria é conceito mais restrito do que produto (aquela diz respeito apenas aos objetos destinados ao comércio, enquanto este é todo bem material resultado de um processo produtivo), o DL 37/66 não teve o efeito de alterar o fato gerador do imposto, pois não poderia modificar o conceito constitucional utilizado para definir o fato gerador do II. Desse modo, mesmo os produtos estrangeiros, ainda que não sejam objeto de mercancia, são suficientes para identificar o critério material do fato gerador do II.

Segundo Misabel Derzi:

“A Constituição de 1988 (art. 153) e o art. 19 do CTN utilizam-se da expressão produto, mais ampla do que mercadoria, enquanto o Decreto-lei nº 37/1966, no art. 1º, emprega o termo mercadoria. Mas a doutrina não vê nisso, com razão, qualquer limitação da lei ordinária de caráter isencional ou não exercício pleno de sua competência. (...) Na importação não é relevante que haja negócio jurídico ou transferência de propriedade. Basta considerar que os bens e objetos de uso pessoal do importador (bagagem) podem se sujeitar a imposto” (DERZI, 2015, p. 282-283)

Em outras palavras, o conceito de produto é o que deve ser utilizado para definição do fato gerador do II.

A jurisprudência do STF, contudo, admite a inaplicabilidade do regime de admissão temporária às mercadorias importadas através de contrato de arrendamento mercantil:

1. Recurso Extraordinário em que se argumenta a não incidência do II e do IPI sobre operação de importação de sistema de tomografia computadorizada, amparada por contrato de arrendamento mercantil.

2. Alegada insubmissão do arrendamento mercantil, que seria um serviço, ao fato gerador do imposto de importação (art. 153, I da Constituição). Inconsistência. Por se tratar de tributos diferentes, com hipóteses de incidência específicas (prestação de serviços e importação, entendida como a entrada de bem em território nacional – art. 19 do CTN), **a incidência concomitante do II e do ISS não implica bitributação ou de violação de pretensa exclusividade e preferência de cobrança do ISS.**

3. Violação do princípio da isonomia (art. 150, II da Constituição), na medida em que o art. 17 da Lei 6.099/1974 proíbe a adoção do regime de admissão temporária para as operações amparadas por arrendamento mercantil. Improcedência. **A exclusão do arrendamento mercantil do campo de aplicação do regime de admissão temporária atende aos valores e objetivos já antevistos no projeto de lei do arrendamento mercantil, para evitar que o leasing se torne opção por excelência devido às virtudes tributárias e não em razão da função social e do escopo empresarial que a avença tem.**

(STF, RE 429.306, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 15.03.2011, grifado pelo autor)

A reimportação para substituição da mercadoria defeituosa por outra idêntica, porém sem o defeito, também não importa em nova exigência do II, conforme entende o STJ (REsp 953.655/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 30/09/2010). Da mesma forma, se a devolução de mercadoria ocorrer por fato alheio à vontade do exportador, por conta do envio equivocado de mercadorias para o exterior, não há que se falar em incidência do II (REsp 1.213.245, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 25.11.2010).

Como já dissemos:

A entrada ficta ou presumida ocorre quando a fiscalização aduaneira verificar que determinada mercadoria discriminada como importada na declaração do importador não estiver entre as desembarçadas. Nesse caso, considera-se que houve entrada da mercadoria, mesmo que ela não tenha sido localizada fisicamente. Tem-se aí a entrada ficta ou presumida. (DIAS JR., 2015, p. 23)

Não só a entrada real é considerada fato gerador do II, mas também a **entrada ficta ou presumida**, de acordo com a previsão do art. 1º, § 2º do DL 37/66: “Para efeito de ocorrência do fato gerador, considerar-se-á entrada no Território Nacional a mercadoria que constar como tendo sido importada e cuja falta venha a ser apurada pela autoridade aduaneira”.

O **elemento temporal do II** é definido pelo art. 23 do Decreto-lei 37/1966, como sendo o a data do registro, na repartição aduaneira, da declaração de importação.

A jurisprudência do STF reconhece como válido esse dispositivo, perfilhando a orientação de que o fato gerador do imposto de importação é a entrada do produto estrangeiro no território nacional (CTN, art. 19), não havendo qualquer incompatibilidade entre o art. 23 do DL 37/66 e o art. 19 do CTN (STF, RE 225.602-8, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/11/1998, DJ 06.04.2001).

O STJ adota a mesma orientação, já tendo decidido, por diversas vezes, que não há incompatibilidade entre o artigo 19 do Código Tributário Nacional e o art. 23 do Decreto-Lei n. 37/66, porquanto o desembaraço aduaneiro completa a importação e, conseqüentemente, representa, para efeitos fiscais, a entrada de mercadoria no território nacional. (...) **no caso de importação de mercadoria despachada para consumo, o fato gerador do imposto de importação ocorre na data do registro da declaração de importação** (STJ, REsp 1.220.979, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 05/04/2011, grifado pelo autor). Desse modo, é irrelevante a data da celebração do contrato de compra e venda ou a do embarque ou a do ingresso no país da mercadoria importada (STJ, REsp 1.016.132, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma).

Quando se estiver diante da entrada ficta ou presumida (art. 1º, § 2º do DL 37/66), o elemento temporal do fato gerador será a data em que a autoridade aduaneira apurar a falta ou dela tiver conhecimento (art. 23, parágrafo único do DL 37/66).

Contribuinte

O contribuinte do II é, segundo o artigo 22 do CTN, o importador ou quem a lei a ele equiparar e o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados. A figura do arrematante surge nos casos de pena de perdimento do produto importado, ou ainda em caso de produto abandonado (considera-se abandonada a mercadoria que permanecer em recinto alfandegado sem que seu despacho de importação seja iniciado no prazo legal).

O artigo 31 do DL 37/66, com a redação dada pelo DL 2.742/88, traz ainda como contribuintes o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente e o adquirente de mercadoria entrepostada.

Base de cálculo e alíquotas

A base de cálculo do II pode ser, de acordo com o art. 20 do CTN, a **unidade de medida** adotada pela lei tributária, quando a alíquota for específica (CTN, art. 20, I); o **preço normal** que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo da importação, em uma venda em condições de livre concorrência, para entrega no porto ou lugar de entrada do produto no País (CTN, art. 20, II); o **preço**

da arrematação, quando se trate de produto apreendido ou abandonado, levado a leilão (CTN, art. 20, III).

No primeiro caso, adota-se uma unidade de medida (que pode ser peso, volume, metragem, ou quantidade) como base de cálculo em combinação com uma **alíquota específica**, expressa em um valor monetário fixo. Por exemplo, a base de cálculo do II pode ser um quilo de bacalhau, e a alíquota um real. Ou ainda um metro de seda, e a alíquota dois reais. Para se chegar ao montante devido de II, basta multiplicar a alíquota pela base de cálculo.

Em outra oportunidade dissemos:

Quando a base de cálculo é o preço normal que o produto ou seu similar alcançaria ao tempo da importação, a **alíquota será ad valorem**, o que significa um percentual a ser aplicado no valor do produto importado. Esse preço normal não corresponde necessariamente ao valor da operação (facilmente adulterável pelo importador), pois a base de cálculo nesse caso será uma presunção adotada para combater a sonegação, denominando-se **valor aduaneiro**, previsto no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). O valor aduaneiro fixado no GATT não pode ser alterado pela legislação interna, diante da regra do art. 98 do CTN (os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha). (DIAS JR., 2015, p. 25)

Esse mecanismo utilizado pelo Fisco para combater a fraude e a evasão fiscal é chancelada pelo STJ, que já decidiu ser a valoração aduaneira “uma das formas revestidas de caráter legal, aplicável aos países que transacionam entre si, com a intenção de protegê-los quanto à remessa ao exterior de divisas indevidas, descaminho, contrabando, e corrigir a sonegação de impostos a serem recolhidos aos erários respectivos, como já esclarecido, este sistema foi ratificado pelo Brasil em Tratado Internacional do GATT, e deve ser observado pela lei que lhes sobrevenha. Em consequência, **cabível o Fisco recusar fé aos documentos**

apresentados pelo importador e efetuar arbitramento dos valores das mercadorias” (STJ, REsp 727.825, Rel. Min Luiz Fux, 2ª Turma, grifado pelo autor).

O preço de arrematação será a base de cálculo para o produto apreendido ou abandonado levado a leilão. Esse leilão é realizado pela repartição aduaneira (art. 63 do DL 37/1966), não se confundindo com o leilão realizado em processo judicial. O STJ já fez essa diferenciação à luz do art. 108, §§ 1º e 2º do CTN (o emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei, assim como o emprego da equidade não pode resultar na dispensa do pagamento de tributo devido), decidindo que, **tratando-se de mercadoria penhorada em ação de execução, não é possível o recolhimento do imposto de importação com base no preço de arrematação (art. 63 do DL 37/66), mas sim no valor aduaneiro atribuído à coisa leiloada** (REsp 1.089.289, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma).

Por fim, deve-se atentar para a dissonância entre o art. 21 do CTN e o art. 153, § 1º da CF. Enquanto aquele dispositivo faculta ao Poder Executivo a alteração de alíquotas e base de cálculo do II, a Constituição apenas permite a alteração de alíquotas por ato infralegal. Essa antinomia, que pode ser indagada em questões objetivas, discursivas ou na fase oral, se resolve pelo critério hierárquico, prevalecendo o art. 153, § 1º da CF. O mesmo vale para o Imposto sobre Exportação, já que o art. 26 do CTN também foi parcialmente recepcionado pelo art. 153, § 1º da CF.

Lançamento

A definição da modalidade de lançamento do II já foi objeto de grandes divergências, tendo havido até parecer da PGFN no sentido de reformular entendimento anterior a respeito.

A doutrina majoritária entende que o II tem seu lançamento realizado por homologação, uma vez que a legislação tributária impõe a antecipação do pagamento do tributo, sem o prévio exame da autoridade administrativa, nos termos do art. 150, *caput*, do CTN.

A própria PGFN, no **parecer PGFN/CAT/Nº 735 /95** (citado ao final do capítulo, em “orientações da PGFN”), expressa o entendimento de que o lançamento do II se dá por homologação.

Dentre os principais argumentos do parecer, temos que “**quando do registro da DI o importador já deve ter efetuado o recolhimento dos tributos devidos, sendo o DARF respectivo documento indispensável para a promoção do despacho**. Após o pagamento do tributo, assim como a entrega de toda documentação pertinente, é que ocorre a verificação, pela autoridade fazendária, do cumprimento das formalidades legais exigíveis no caso”

Não se pode afirmar, portanto, que o registro da declaração de importação caracterize o lançamento como por declaração. Ressalve-se o entendimento de Leo Krakowiak e Ricardo Krakowiak, que entendem ser o referido lançamento por declaração.

Drawback

O presente tópico possui especial relevância para aqueles que se preparam para os concursos da **Receita Federal** e da **Procuradoria da Fazenda Nacional**.

Drawback é um incentivo fiscal à exportação, um estímulo à indústria nacional mediante a suspensão, isenção ou restituição de tributos incidentes sobre a importação quando os insumos forem destinados a beneficiamento, fabricação ou complementação de produtos destinados à posterior exportação. Ou seja, o *drawback* reduz a carga tributária referente ao II quando a respectiva mercadoria importada estiver vinculada a uma futura exportação.

Esse instituto é disciplinado no Decreto-lei 37/66 da seguinte maneira:

“Art. 78: Poderá ser concedida, nos termos e condições estabelecidas no regulamento:

I – restituição, total ou parcial, dos tributos que hajam incidido sobre a importação de mercadoria exportada após beneficiamento, ou utilizada na fabricação, complementação ou acondicionamento de outra exportada;

II – suspensão do pagamento dos tributos sobre a importação de mercadoria a ser exportada após beneficiamento, ou destinada à fabricação, complementação ou acondicionamento de outra a ser exportada;

III – isenção dos tributos que incidirem sobre importação de mercadoria, em quantidade e qualidade equivalentes à utilizada no beneficiamento, fabricação, complementação ou acondicionamento de produto exportado”.

O STJ entende que o drawback é uma operação única, apesar de possuir momentos distintos. Como o drawback é um benefício fiscal, aplica-se a ele o art. 60 da Lei 9.069/95, segundo o qual a concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais. Tal comprovação de quitação deve ocorrer na concessão ou no reconhecimento do incentivo, sendo ilegal a exigência de nova certidão no momento do desembaraço aduaneiro, uma vez que o importador já é titular do benefício fiscal em razão do ato concessivo do regime especial:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. REGIME DE DRAWBACK. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO (CND). INEXIGIBILIDADE. ARTIGO 60, DA LEI 9.069/95.

1. Drawback é a operação pela qual a matéria-prima ingressa em território nacional com isenção ou suspensão de impostos, para ser reexportada após sofrer beneficiamento.

2. O artigo 60, da Lei nº 9.069/95, dispõe que: "a concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo

ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais".

3. Destarte, **ressoa ilícita a exigência de nova certidão negativa de débito no momento do desembaraço aduaneiro da respectiva importação, se a comprovação de quitação de tributos federais já fora apresentada quando da concessão do benefício inerente às operações pelo regime de drawback**(Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 839.116/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 01.10.2008; REsp 859.119/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 20.05.2008; e REsp 385.634/BA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 29.03.2006).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ATIVISMO JUDICIAL: INSTRUMENTO ASSECURATÓRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DO ACESSO AO CANABIDIOL

GIOVANNA MATOS SILVA:
Graduanda em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES

(Orientador) [1]

RESUMO: O presente trabalho possui o desiderato de trazer à baila a forma como o ativismo judicial pode contribuir para efetivação do direito fundamental à saúde, no que tange a medicamentos que possuem como elemento principal o canabidiol, um composto presente na planta da maconha (*cannabis sativa*), traçando um paralelo com a sua ainda controvertida matéria no Brasil. Buscou-se analisar sob o enfoque da querela do Poder Judiciário brasileiro interferir na alçada dos Poderes Executivo e Legislativo diante da sua inércia frente à violação do direito à saúde. Destarte, o alcance a saúde através do ativismo judicial sob a ótica do acesso a tratamentos à base da maconha será analisado no presente trabalho, buscando elucidar de que maneira o judiciário pode concretizar o direito fundamental a saúde.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Canabidiol; Maconha; Saúde.

ABSTRACT: The present work has the desideratum of bring up how judicial activism can contribute to effective the fundamental right to health, as it pertains to distribution of medications that have as main element the canabidiol, a compound This marijuana plant (*cannabis sativa*), drawing a parallel with your still controversial matter in Brazil. We sought to examine under the focus of the quarrel of the Brazilian judiciary to interfere in the purview of the Executive and legislative branches in front of your front inertia to violations of the right to health.

Keywords: Judicial Activism; Canabidiol; Marijuana; Health.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Origem do ativismo judicial. 1.1 Corte Warren. 2 Ativismo judicial no Brasil. 3 Princípio da Separação de Poderes. 4 Direitos fundamentais de segunda dimensão. 5 Direito a saúde. 6 Eficácia do canabidiol. 7 Ativismo judicial como instrumento assecuratório do acesso ao canabidiol. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito foi erigido no Brasil por intermédio da Constituição Federal de 1988, no entanto, antes de se chegar ao conceito do que seria o Estado Democrático de Direito e em como este poderia contribuir para o bem estar social, foi vital estabelecer o conceito de Estado de Direito e o modo que poderia contribuir para a sociedade mais justa. Assim, surgiu da necessidade de afastar o absolutismo através da limitação de poder e imperatividade da norma, baseando-se na teoria dos freios e contrapesos, onde instituiu a divisão de poderes, afastando a sobreposição da vontade do monarca sobre a lei.

Conquanto, a limitação de poderes entre si não foi o suficiente, pois, o governo ainda era detentor do poder, nascendo assim a necessidade de instaurar o Estado Democrático de Direito capaz de transferir a titularidade do poder para o povo. Assim, o poder passou e emanar do povo, constando como premissa maior da Carta Magna estabelecendo que o Estado é mero gestor.

Não obstante tal avanço ter representado um progresso significativo para o país, a Carta Federal, embora possua caráter soberano no ordenamento jurídico, por vezes tem sido violada principalmente no que se refere aos direitos fundamentais nela assegurados, pois, embora resguardados com caráter inviolável e imprescindível para a vida com dignidade, a ausência da tutela Estatal tem lesionado e comprometido do mínimo existencial da população. A falta de políticas públicas, ou a ineficiência dessas, bem como a ausência de fiscalização do legislador, tem violado os direitos básicos do artigo 5º da Lei Maior, principalmente no setor da saúde, que carrega fragilidades e deficiências encontrando-se em condições precárias para atendimento da população.

A ideia que se tem é que, algumas ilegalidades definidas por lei afetam diretamente o direito fundamental a saúde e o próprio poder público acaba por obstar o acesso a saúde, ou seja, algumas substâncias que já tiveram sua eficácia terapêutica comprovada ainda sofrem diversas controvérsias por causa das formalidades e burocracias por parte do Estado. É o que ocorre com o canabidiol (CBD), substância que integra parte da *cannabis sativa* (maconha), o qual em virtude do caráter ilícito da erva no Brasil, a utilização de seus compostos para tratamento medicinais ainda enfrenta porfias, mesmo que já comprovada sua efetividade e que já tenha medicamento registrado pela Agência de Vigilância Sanitária - ANVISA, o governo ainda não foi capaz de fornecer tais terapias e, tendo em vista o alto custo, boa parcela da população não consegue acesso, violando o direito do a saúde, deixando como única alternativa o pleito na esfera judicial, para que, através do posicionamento dos tribunais a saúde possa ser alcançada.

1. ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

Em que pese o termo Ativismo Judicial ter sido utilizado pela primeira vez em 1947, a eclosão deste fenômeno ocorreu antes mesmo desta data. O comportamento ativo do Poder Judiciário teve sua gênese em 1803 nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte americana declarou em caráter incipiente a inconstitucionalidade de uma lei federal sem que estivesse previsto na Constituição. Trata-se do caso *Marbury vs. Madison*, no qual, diante do cenário político que vigorava, a Suprema Corte optou por não julgar o madamus e declarar lei inconstitucional, frente ao receio em ir contra os ideais do presidente Thomas Jefferson.

Ademais, em 1857 foi a vez do escravo Dred Scott, caso em que o judiciário americano versou sobre matéria controversa declarando inconstitucional o The Missouri Compromise, que limitava a escravidão ao norte da linha Mason-Dixon. No julgamento do caso, a corte estabeleceu que os escravos, ainda que tenham residido por algum tempo em um Estado abolicionista continuariam sendo escravos, indeferindo o pleito de Dred Scott, que havia requestado perante a justiça federal sua liberdade respaldado no fato de que não mais residia em Estado escravagista. No entanto, a Corte não decidiu apenas sobre o caso concreto, versou ainda no sentido de que os negros não eram considerados cidadãos dos Estados Unidos e por isso não eram sequer dotados de legitimidade para ajuizar ações na justiça federal.

Cem anos após *Mabury vs. Madison*, foi julgado o caso do padeiro Lochner, em que a lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos empregados das padarias, estabelecendo 60 horas semanais e 10 horas diárias, foi declarada inconstitucional, pois, segundo os magistrados tal lei infringia a liberdade contratual, bem como o devido processo legal previsto na XIV Emenda.

Mesmo após constantes manifestações do ativismo judicial na corte americana, esta terminologia somente foi utilizada pela primeira vez em 1947, quando foi publicado um artigo pelo jornalista Arthur M. Schlesinger Jr., na Revista Fortune, que estava traçando o perfil dos juízes que integravam o judiciário dos Estados Unidos de acordo com seus posicionamentos, eram os campeões do ativismo judicial e os campeões da autorrestrição judicial, sendo o primeiro grupo formado por magistrados que acreditavam na solução de litígios através de interpretações legais, que possuía como desiderato o bem estar social, e o segundo grupo era integrado por juízes militantes da concepção de que a Corte existia para assegurar a concretização do que estava positivado, não podendo fazer interpretação extensiva de acordo com o caso real.

A origem terminológica coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., que o utilizou publicamente, pela primeira vez, em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista Fortune, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947. Em avaliar a Suprema Corte 1947 - *A Vision Court* -, o autor dividiu os Justices em “campeões do ativismo judicial” e “campeões da autorrestrição judicial”: juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que

devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos; ao contrário, juízes “campeões da autorrestrrição judicial” entendem que a Suprema Corte, em razão da natureza judicial, não deve intervir no campo da política e, por isso, deve agir com a máxima deferência à vontade do legislador. (CAMPOS, 2014, p. 342).

Assim, o crescimento do ativismo judicial foi marcado pela segregação de dois extremos dentro do judiciário americano, pois, havia magistrados adeptos a teorias liberais e magistrados defensores de ideais conservadores, sendo que, estes últimos ao assumirem postura conservadora interferiam negativamente nos planos do New Deal do presidente Franklin Delano Roosevelt que, através de medidas socioeconômicas possuía o desiderato de recuperar a economia norte-americana do impacto que A Grande Depressão provocou.

Diante do atraso que o comportamento dos conservadores causava à política do New Deal, Roosevelt começou a investir no Courting Packing-Plan. Tratava-se de um plano que objetivava enfraquecer a bancada conservadora, o qual obteve êxito depois de um tempo, visto que, para os magistrados conservadores não parecia boa ideia laborar em ideais opostos aos do presidente do país. Assim, o ativismo judicial conservador conhecido como a Era Lochner, que teve início no caso *Marbury vs. Madison*, chegou ao fim tendo como motivos articulações meramente políticas da mesma forma que se iniciou.

1.1. Corte Warren

Os magistrados que integravam a Suprema Corte americana foram gradativamente amoldando-se aos ideais liberais e reconhecendo as bases teóricas que possibilitavam a prática do ativismo judicial liberal voltado a reconhecer os direitos básicos do homem. A nova corte que se formava em 1953, que mais tarde ficou conhecida como a Corte Warren, baseava-se em jurisprudências e precedentes que ambicionavam alcançar a plenitude dos direitos civis, conferindo à Constituição Federal interpretação extensiva e inovadora dos seus dispositivos, promovendo a ausência de segregação racial nas escolas públicas, às novas delimitações dos distritos eleitorais e redistribuição proporcional de cadeiras nos legislativos federais, estaduais e locais, estabeleceu o direito constitucional de privacidade, garantiu o direito de todo cidadão criticar o governo, e ampliou os direitos dos acusados de crimes.

A Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Ela enxergava a Constituição como um “documento vivo” (living document) e procurava avançar seus significados na direção das importantes mudanças sociais do pós- Segunda Guerra. O seu ativismo judicial desafiou, principalmente, os estados e se caracterizou pela interpretação criativa dos princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou

apenas vagamente definidos para promover a igualdade, notadamente na questão racial. Promoveu a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da Suprema Corte como reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário. (CAMPOS, 2014, p. 344)

Nascia então o ativismo judicial com uma faceta mais humana e racional, levando em consideração os direitos básicos do homem promovendo a valorização da dignidade humana, desligando-se do conservadorismo e das decisões retrógradas que por muito tempo vigorou na Suprema Corte americana.

2. ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Em âmbito nacional, o comportamento ativista do Poder Judiciário não ocorreu com feição distinta, pelo contrário, tendo em vista o terror causado pelo pós- segunda guerra, o cenário mundial sentiu a necessidade de ser transformado, a ideologia totalitarista precisava ser afastada, pois, representava atraso diante das mudanças que estavam acontecendo no campo científico, filosófico, social e político, criando a necessidade de editar o ordenamento jurídico a fim de possibilitar a adequação da lei à nova realidade social, iniciando o neoconstitucionalismo.

Entendemos que o neoconstitucionalismo caracteriza uma nova visão acerca da função da Constituição nas estruturas jurídicas contemporâneas. Tal visão tem por pressuposto que a Constituição exerce uma função de supremacia em relação aos demais diplomas legais. Sendo que tal supremacia vai além do controle de constitucionalidade e da tutela da esfera individual de liberdade. Ela exerce a função de norma diretiva fundamental, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência, à segurança, ao trabalho etc.) (TOLEDO, 2011)

Embora o neoconstitucionalismo tenha ganhado caráter robusto no pós-guerra em alguns países como Alemanha e Itália, no Brasil teve como marco histórico a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo a transição para um Estado democrático de direito sólido cada vez mais distante de vicissitudes que causavam insegurança jurídica. A Carta Federal ganhou supremacia e solidez de forma lenta e gradual, onde, carregada de princípios, direitos e obrigações transformou-se em um manual para o bom funcionamento da máquina estatal, resgatando a ideia de democracia que há muito não se ouvia falar.

Ocorre que, para compreender o neoconstitucionalismo, é salutar conhecer outros coeficientes que o propulsionaram. Além do fator histórico, o campo

filosófico também influenciou na construção do novo modelo constitucional que emergia, através do pós- positivismo a filosofia desconstruiu a ideia de que o direito positivo e o jus naturalismo devem ser trabalhados de guisa segmentada, pelo contrário, o pós- positivismo aproximou o direito da moral com a prerrogativa de levar ao campo jurídico, através de princípios explícitos e implícitos na Carta Magna, o conjunto de regras morais e éticas que regem o meio social, conferindo às normas caráter mais humano.

No Brasil, é a partir da Constituição de 1988 que se evidencia de maneira mais manifesta o processo de afirmação da Constituição como diploma jurídico supremo. Os anos seguidos de ditadura militar e a edição de Cartas Constitucionais eivadas de uma incontestável ilegitimidade talvez possam ser apontados como motivos para este retardo. Como consequência, temos ainda um processo de constitucionalização do Direito infraconstitucional, bem como das decisões do Poder Judiciário, até então impregnadas de um excessivo apego aos ditames da lei, olvidando-se de princípios básicos norteadores da moderna hermenêutica constitucional e do próprio Direito em si. (SANTOS, [2007])

A mutação no cenário histórico e no pensamento filosófico veio acompanhada pelas transformações teóricas, que, interferiram diretamente no novo modelo constitucional, baseando-se no reconhecimento da força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

No entanto, afirmar que a nova face constitucional ocorreu de forma consensual e pacífica é falacioso, pois, antes de o Supremo Tribunal Federal conquistar a força e a autonomia que hoje detém, os tribunais passaram por um período instável em que se discutia a respeito das garantias constitucionais, pois, diante da inconsistência que a recém-democracia se encontrava, as normas fundamentais por muito tempo foram consideradas programáticas, tratando-se apenas de uma projeção do que poderia vir a se concretizar, paralelamente, a imperatividade dos direitos fundamentais também estava em voga, onde, alguns juízes se posicionavam no sentido de que os princípios constitucionais possuem caráter compulsório tendo em vista se tratar de valores inerentes ao homem.

Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação. Neste contexto, há uma verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade etc. Também cresce muito o interesse doutrinário pelos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Se antes estes eram vistos preponderantemente como normas programáticas, passa-se a discutir a sua eficácia jurídica a partir de novas bases, que

incorporam ao debate a argumentação moral. Neste campo, a ênfase na análise dos enunciados normativos, que caracterizava a doutrina da efetividade, é substituída por uma discussão marcada pela preocupação com valores e democracia, repleta de novas categorias, importadas sobretudo do Direito germânico, como o "mínimo existencial", a "reserva do possível" e a "proibição do retrocesso". (SARMENTO, 2009).

Assim, a autonomia da hermenêutica do Poder Judiciário encontrou dificuldades em se concretizar durante muito tempo, vindo a ganhar espaço de forma gradativa, haja vista que o ativismo que ainda se mostrava possuía traços que remetia ao ativismo judicial conservador, considerando o processo de redemocratização lento e gradual, com traços ainda do período ditatorial.

O Judiciário foi se flexibilizando e atribuindo às políticas públicas caráter vinculante de maneira paulatina, não sendo possível determinar com exatidão o momento em que as decisões jurisprudenciais ganharam força.

Os tribunais foram conquistando o poder que possui hoje, até chegar a casos como imposição aos parlamentares da fidelidade partidária, decidiu o destino dos mandatos entre os partidos e as coligações partidárias nos casos de vacância, renúncia ou licença do candidato eleito e, decidiu a validade da Lei da Ficha Limpa. Adentrou também nos direitos fundamentais, dispoendo sobre a pesquisa com células tronco embrionárias, a união homoafetiva, aborto de fetos anencefálicos e validou a política de cotas. Assim como sucedeu em outros países, o ativismo judicial no Brasil decorreu da necessidade de assegurar a democracia, igualdade e resguardar os direitos humanos, tendo como principais causas a redemocratização, a constitucionalização abrangente de direitos e o sistema de controle de constitucionalidade.

2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A máquina estatal existe precisamente para servir ao povo, tendo em vista que é prerrogativa constitucional que sejam assegurados a todos, sem distinção, os direitos básicos para a dignidade da pessoa humana.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

Conforme depreende-se do caput do artigo 5º, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país são assegurados seus direitos, os quais é dever do Estado tutelá-los da forma mais eficiente possível. Para que tal preceito seja alcançado, foi introduzido o Princípio da Separação de Poderes, paradigma político de direito que vige no Brasil, onde atribui aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário funções específicas atribuídas pela Constituição Federal. Constante no artigo 2º da Constituição, vincula cada esfera à suas funções, sendo o Executivo

responsável pelas políticas públicas, o Legislativo pela criação do direito e o Judiciário pela aplicação da lei ao caso concreto.

“Pelo disposto na Constituição, os poderes da União são divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário. Em verdade, o poder é um só, ocorrendo uma divisão de atribuições e funções do Estado.” (GAMA, 2014, p. 155)

Assim, a separação de poderes está intimamente ligada ao surgimento do Estado de Direito que, teve como base a imperatividade das normas limitando o poder que até então era controlado pela vontade do monarca, distribuindo as funções estatais e estabelecendo a independência e harmonia entre elas.

Deste modo o Estado de Direitos está intimamente ligado a Teoria do Checks and Balances, pois de nada adianta frear o povo, as massas, se não impusermos freios também aos mandos e desmandos dos detentores dos altos cargos da administração (aqui usada em sentido amplo). (MAGALHÃES, 2016)

Formava-se então o Estado de Direito, onde estabeleceu limite ao poder, o subordinando a lei, instituiu a separação dos poderes para que se alcançasse uma sociedade equilibrada e garantiu os direitos fundamentais, positivou o que já pertencia à essência do homem, e em virtude do ideal de soberania da norma em detrimento à vontade dos governantes, as garantias fundamentais passaram a ser imperativas.

Este cenário que o Estado de Direito formava preparou a sociedade para o que mais tarde viria a surgir e ser chamado de Estado Democrático de Direito, que com fundamento nas diretrizes do Estado de Direito, levando em consideração a distribuição de poderes e a imperatividade das normas positivadas, a concepção de poder se estende ao povo onde deixaram de ser apenas subordinados ao Estado, pelo contrário, a população passou a ser a detentora do poder e o Estado apenas gestor.

A democracia que o Estado democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre justa e solidária (art. 3º. II), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente

da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 1988)

Assim, surgiu o modelo de Estado que vigora atualmente, sendo afirmada no artigo 1º da Constituição Federal e no preâmbulo a vigência do Estado Democrático de Direito, onde todo o poder emana do povo e os poderes são apenas gerenciados pelos representantes escolhidos pela própria sociedade.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I- A soberania;
- II- A cidadania;
- III- A dignidade da pessoa humana;
- IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V- O pluralismo político

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

A limitação dos poderes entre si pressupõe o dever de agir em conjunto e dentro de suas peculiaridades para evitar a concentração de poder. Laborando em consonância, possui como prerrogativa comum o bem estar social, utilizando leis e políticas públicas para assegurar à população os direitos essenciais para a concretização da eminente dignidade da pessoa humana.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

A essência dos direitos fundamentais reside na preocupação que o homem possui com a dignidade da pessoa humana, fundamenta-se em respeitar as diferenças e condições entre as pessoas agindo com equidade visando garantir o mínimo existencial. Consiste nos aspectos básicos e necessários positivados na Constituição Federal.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (DIMOULIS & MARTINS, 2014, p. 41)

Os direitos fundamentais possuem seu núcleo nos Direitos Humanos que, embora sejam condições básicas para a subsistência digna do homem, nem sempre estiveram presentes, sendo incorporadas ao contexto social de forma gradual e de acordo com a peculiaridade de cada momento histórico, o qual são denominados como dimensões dos direitos fundamentais.

A face dos direitos fundamentais começou a ser traçada na Revolução Francesa, período em que o cenário político estava marcado pelo despotismo, o

meio social era segregado de acordo com a condição econômica, e a religião era algo imperativo totalmente distante dos ideais da laicidade, delineando características da monarquia absolutista. Aflorou-se então a premência do afastamento do Estado das relações sociais, onde a burguesia, influenciada pelo pensamento iluminista de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, buscou retirar do meio social a participação estatal, o que foi trouxe significativas mudanças e vantagens no que tange à conquista dos direitos individuais.

A ausência da atuação do Estado, embora tenha significado a ascensão da independência individual da burguesia, ensejou consequências no meio social, pois, apenas quem portava condições para pleno gozo dos novos direitos adquiridos eram os detentores de maior poderio econômico, começando assim a corrida pela produção de capital que causou por consequência a opressão de forma horizontal, ou seja, não era o Estado que exercia poder sobre o povo, pois aquele já não estava mais presente no cenário social, mas o povo passou a exercer poder sobre si. Ocorre que, pouco adiantou o homem adquirir liberdade e igualdade civil se ele não possuía condições para dispor de tal, posto que, o Estado, ao assegurar a livre iniciativa e os direitos políticos, desencadeou a crise do liberalismo.

A igualdade no Estado liberal era uma igualdade formal, todos os homens pertencentes às diversas classes sociais eram considerados iguais perante a lei. Essa igualdade não se verificou na prática, pois as pessoas tinham uma situação de desigualdade real, ou seja, eram desiguais entre si em diversos aspectos, principalmente econômico, e, portanto, não poderiam ser tratadas de forma igualitária com a simples abstinência do Estado em relação a elas. (GALINDO, 2003, p. 61)

A crise do liberalismo ocorreu em consequência da abstenção do Estado na sociedade. Quando o governo se ausentou das relações sociais, retirou da sociedade sua tutela, resultando na sobrevivência do mais forte dando ensejo a um modelo capitalista motivado principalmente pela livre iniciativa, impulsionando a Industrialização. A corrida pelo acúmulo de capitais segregou a sociedade, fazendo com que as camadas menos favorecidas se submetessem a condições desumanas. Esta peripécia pode ser identificada principalmente nas fábricas, que não ofereciam nenhuma condição de segurança e proteção à saúde do proletariado, as condições de moradia eram precárias e completamente distantes do medular para a sobrevivência digna, bem como as jornadas extensas de trabalho a que eram submetidos devido à necessidade dos proprietários das fábricas para acumular riquezas, prejudicando a saúde da população.

O livre mercado não solucionou os problemas econômicos e sociais das classes menos favorecidas; antes os agravou com a industrialização. As condições materiais dos trabalhadores em geral eram de completa inacessibilidade às liberdades fundamentais do liberalismo, não adiantando a liberdade e igualdade garantidas legalmente, se na realidade o operário tinha que vender o

seu trabalho a preços módicos, pois não detinha capital para exercer a liberdade de iniciativa, restando a ele submeter-se a salários ínfimos e condições precárias de trabalho. Como o Estado deveria se abster de atuar em favor de quem quer que fosse, terminava por fazer prevalecer a lei do mais forte, que era o dono do capital, em detrimento do operariado que somente possuía a sua força de trabalho. Essas contradições do liberalismo ensejaram o advento do Estado social, justamente um Estado com uma proposta de realização dos direitos fundamentais econômicos e sociais de segunda dimensão. (GALINDO, 2003, p. 62)

A nova conjuntura fez surgir a necessidade de o Estado voltar a intervir na sociedade, apenas na esfera socioeconômica, proporcionando através da prestação de serviços públicos o amparo àqueles que não possuíam acesso ao mínimo existencial. Surgira assim os direitos fundamentais de segunda dimensão, imersos em contexto de obrigação de fazer do Estado, avocando o poder-dever de proporcionar o bem-estar social.

Direitos Humanos de Segunda Dimensão Os direitos humanos de segunda dimensão surgiram no final do século XIX tendo um cunho histórico trabalhista embasado no marxismo, devido à busca de se estimular o Estado a agir positivamente para favorecer as liberdades que anteriormente eram apenas formais. (FIRMINO, 2013, p. 156)

Assim o Estado passou a dispor do dever de garantir à sociedade a saúde, educação, habitação, cultura e lazer, fornecendo suporte aqueles que figuravam o polo hipossuficiente, buscando o equilíbrio social.

5. DIREITO A SAÚDE

Consoante disposto alhures, é assegurado a todos o direito a saúde sendo incumbido ao Estado o ônus de prestar assistência para que seja alcançada por todos e, assim seja concretizado o que está insculpido na Carta Federal.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doente e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Após a conquista dos direitos de segunda dimensão, a máquina estatal passou a intervir de forma positiva nas relações sociais desempenhando o papel de garantir as pessoas o acesso à saúde, considerando que, esta é condição básica para a dignidade caracterizando direito inviolável garantidor da qualidade de vida.

Diante do caráter substancial que o direito a saúde dispõe, foi instituído pela Constituição Federal de 1988 o Sistema Único de Saúde- SUS, mais tarde regulamento através da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Constitui reflexo da Reforma Sanitária que aconteceu no início de 1970 onde as pessoas almejavam mudanças no setor da saúde.

Diante da necessidade e da árdua peleja por melhores condições de saúde, foram estabelecidas as diretrizes, gestão e princípios, bem como toda a estrutura do

SUS para que viabilize o atendimento das necessidades da população. O escopo basilar da criação do SUS amolda-se exatamente no que está gravado na Lei Maior, e como tal, visa atingir seu fim social que é materializar os direitos de segunda dimensão conquistados outrora. Assim, a saúde passou a ser subvencionada pelo Estado promovendo a acessibilidade a consultas, exames, tratamentos e medicamentos.

Malgrado o SUS ter sido inserido em um contexto social diferente do que se vivencia hoje, os fins pelos quais ele foi criado perpetuam-se com o tempo tendo em vista tratar-se de resguardar direito imprescritível, logo depreende-se que as necessidades continuam as mesmas e até mesmo tem se intensificado. Ocorre que essa relação tem se tornado inversamente proporcional, pois, a medida que a necessidade da população aumenta, a assistência à saúde por parte do Estado tem diminuído cada vez mais, tornando demasiado oneroso às pessoas suportarem tal déficit.

No entanto o Poder Público tem invocado o Princípio da Reserva do Possível para justificar a deficiência na prestação da saúde. Segundo posicionamentos do Estado, a falta de eficiência no setor da saúde pública encontra justificativa na escassez de recursos públicos, considerando o período de crise econômica que o país está passando e a disponibilidade orçamentária não comporta todos os custos.

No entanto, a reserva do possível não se resume apenas em cálculos exatos, tendo em vista que o Estado não pode eximir-se de fornecer acesso à saúde baseado na falta de dinheiro, pois, a má administração orçamentária do gestor não justifica o desamparo à população, porquanto, o Estado deve ser assegurado do mínimo existencial conforme os preceitos constitucionais.

“Afim, o princípio da reserva do possível não pode servir de justificativa ou desculpa para o mau gestor público justificar a sua inércia na promoção dos direitos fundamentais em sua perspectiva social.” (FILHO, 2016).

É vedado ao poder público deixar de fornecer à população o mínimo existencial, pois, são direitos que se encontram inerentes ao homem, não só no aspecto positivado, mas na essência natural do ser humano, constituindo o básico para a dignidade devendo ser tutelado pelo Estado proporcionando, através das políticas sociais e da criação do direito, a saúde. Neste sentido a Suprema Corte se posicionou em situações onde o poder público invocou a reserva do possível para se abster de promover reforma em um presídio.

Em decisão unânime, o STF decidiu que o Executivo não pode justificar sua omissão em cumprir o que manda a Constituição com argumentos baseados na conveniência da administração. A decisão foi tomada em recurso com repercussão geral reconhecida, por isso, a tese definida nesta quinta se aplica a todos os recursos que tratam da matéria em trâmite na Justiça. (CANÁRIO, 2015)

Então o que deve ser analisado é o cotejo da necessidade frente a sua realização, ou seja, a exigibilidade do direito social é apreciada de acordo com o caso concreto, a necessidade e a imprescindibilidade da assistência frente às justificativas do gestor público, posto que, o que deve sempre ser priorizado é a dignidade da pessoa humana, não podendo o povo ficar desamparado já que possui

como prerrogativa o mínimo existencial, e a saúde é bem primordial para a dignidade humana.

O direito à saúde, conforme *ex positis*, alberga a universalidade de coeficientes que contribuem para a promoção da saúde e qualidade de vida. Assim, já estabelecido que o Estado é o detentor do múnus de fornecer o acesso a saúde, esta ação não se resume apenas em campanhas, tratamentos, consulta e exames, mas ao se falar em conjunto de fatores que viabilizam o acesso a saúde e bem estar, é de suma importância que os medicamentos para tratamento sejam ressaltados, visto que, estão imersos na integralidade do auxílio a saúde, consistindo na extensão do auxílio a saúde fora das repartições das unidades de saúde.

Ao estabelecer que a saúde deve ser integral, ou seja, abranger tudo o que é necessário para prevenir e curar doenças, o Sistema Único de Saúde (SUS) organiza a sua assistência farmacêutica através do Decreto Federal nº 7508, que regulamenta a Lei Orgânica nº 8080/90. Esta legislação estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), com uma seleção e padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos pelo SUS. (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, Acesso em 04 de março de 2018)

A distribuição de medicamentos oferecidos pelo SUS tornou-se um método eficaz para os hipossuficientes fazendo com que o a mão assistencial do Estado chegue até eles. Ocorre que o amparo farmacológico é um processo burocrático que exige uma série de testes e experimentos para que possam ser distribuídos, analisando a magnitude e os riscos que determinado medicamento pode trazer, bem como o custo de sua incorporação e os impactos no orçamento.

Para que ocorra a efetiva distribuição de medicamentos pelo SUS é imprescindível que seja analisado o binômio capacidade de distribuição-orientação farmacológica, ou seja, para que o medicamento entre em circulação através do SUS é necessária a observância da segurança, eficácia e qualidade, controle este realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, laborando em consonância com Política Nacional de Medicamentos (PNM).

A garantia da segurança, da eficácia e da qualidade dos medicamentos é feita por meio do cumprimento da regulamentação sanitária, estabelecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), enquanto que o desenvolvimento e a capacitação de recursos humanos propiciam a articulação intersetorial e, conseqüentemente, a operacionalização da PNM. (De Paula et al, 2009, p. 1119)

Apesar de toda a política do SUS e da distribuição de medicamentos, bem como todos os mecanismos criados para sua concretização, o acesso a remédios ainda enfrenta controvérsias. Levando em consideração a legislação brasileira de modo panorâmico, os vários ramos do direito devem se conectar para que as leis funcionem de maneira harmônica, fato este que, embora transpareça organização,

também possui efeitos que em determinadas circunstâncias causam impactos negativos.

É o que acontece com a distribuição de medicamentos a base de algumas substâncias consideradas ilegais pela lei brasileira, mas que já tiveram sua eficácia medicinal comprovada, mostrando-se capaz de auxiliar e aumentar a qualidade de vida desde crianças a idosos materializando o acesso a saúde na sua mais pura forma. Um exemplo claro são os medicamentos à base do canabidiol (CBD), uma das substâncias da maconha (*Cannabis sativa*) que ainda enfrenta preconceitos e controvérsias devido a ilicitude da erva no Brasil.

Em que pese já exista medicamento registrado pelo Anvisa a base do canabidiol, a sua distribuição às pessoas que precisam fazer uso do medicamento ainda não é uma realidade no país, caracterizando retrocesso no ideal de direito a saúde.

6. EFICÁCIA DO CANABIDIOL

Integrando um dos compostos da *cannabis sativa* (planta da maconha), o canabidiol (CBD), que constitui grande parte da planta representando cerca de 40% da sua totalidade, possui arcabouço químico com potencial medicinal e produz efeito ansiolítico, antipsicótico, neuroprotetor, anti-inflamatório, antiepilética e antitumoral, sendo eficaz em tratamentos terapêuticos. Estudos realizados com caráter comprobatório atestaram a eficácia do composto em comento capaz de auxiliar no tratamento de convulsões causadas por diversas doenças sem causar dependência ou efeitos psicoativos.

O primeiro teste clínico em grande escala de um derivado da *Cannabis sativa*, o canabidiol, mostrou ser capaz de reduzir a frequência das convulsões epiléticas graves em 39%, informaram os pesquisadores nesta quarta-feira (24). O canabidiol (CBD) é derivado da *Cannabis sativa*, planta também conhecida como maconha. O estudo, publicado no "New England Journal of Medicine", se concentrou em pacientes jovens com síndrome de Dravet, uma forma rara da epilepsia. (PRESSE, 2017)

Não obstante a descoberta do CBD ter ocorrido em meados de 1940, o canabidiol foi utilizado pela primeira vez para fins medicinais em 2737 AC, através do imperador ShenNeng da China, quando este prescrevia chá de maconha para o tratamento de gota, reumatismo, malária, e memória fraca. No entanto apenas em 1963 foram realizados os primeiros estudos a respeito desta substância e, diferentemente do que se sucedeu com a própria maconha o qual a curiosidade a seu respeito aumentava a cada dia, foram veiculadas poucas informações a respeito daquele composto isolado.

O ponto inicial para compreensão do SE é a descoberta dos fitocanabinoides: Canabidiol (CBD) em 1963 e, um ano depois, a descoberta do Δ^9 tetraidrocanabinol (THC) que são canabinoides de origem vegetal, pelo Professor Raphael Mechoulam e seu grupo de pesquisa em Israel com

colaboração de pesquisadores de outros países. Os pesquisadores acabaram por descobrir que a ação dos fitocanabinoides, no Sistema Nervoso Central (SNC), se dava através de ligação específica com um receptor de membrana celular (figura 01) denominado CB1. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. Acesso em 03 de março de 2018)

Pouco se mencionava sobre a capacidade farmacológica do canabidiol, quando em 1981 o Grupo do Prof. Dr. Elisaldo Carlini (UNIFESP) publicou no *J ClinPharmacol*, um eminente periódico internacional, estudo duplo cego realizado em oito pacientes o qual comprovou os impactos benéficos no tratamento de convulsões.

O fato impulsionou a comunidade científica a aprofundar mais sobre os benefícios que o CDB confere a saúde, incentivou os pesquisadores a mergulharem no funcionamento do organismo humano e em como a *cannabis sativa* pode auxiliar no tratamento de doenças. Por volta dos anos 90 o sistema endocanabinoide passou a integrar os holofotes da ciência.

Sistema endocanabinoide começa a ser elucidado pela ciência. Após a descoberta dos canabinoides internos, produzidos pelo próprio corpo humano, anandamida (N-araquidoniletanolamida) e 2-araquidonilglicerol (2-AG), dos receptores de canabinoides CB1 e CB2, e das enzimas relacionadas ao metabolismo dos mesmos, um sistema especializado se consolida. A comunidade científica focou na investigação do seu potencial clínico, com resultados encorajadores em muitas áreas. Os receptores canabinoides são identificados em várias células e sistemas, além do sistema nervoso central, e a ciência avança na área da imunologia e oncologia. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. Acesso em 03 de março de 2018)

Diante do avanço das pesquisas no uso medicinal do canabidiol, a comunidade científica passou a abalroar progressivamente na investigação do modo que esse composto poderia ser otimizado e utilizado para melhorar a qualidade de vida das pessoas.

A partir de então, a ideia negativa que se tinha a respeito da maconha foi relativizada, tendo em vista a comprovação de que, alguns de seus compostos isolados podem ser utilizados para a produção de medicamentos capazes de amenizar em grande parte a limitação e as dificuldades de pessoas que sofrem com patologias físicas e psicológicas.

O interesse médico se amplia de maneira acelerada em conjunto com a publicação de novos estudos científicos relacionados aos canabinoides e sua aplicabilidade clínica.

Em consulta ao site PubMed.gov, da US National Library of Medicine National Institutes of Health, utilizando a palavra cannabinoid na caixa de pesquisa, observamos o crescente número de publicações a partir do início da década de 60. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. Acesso em 03 de março de 2018)

Assim, os efeitos benéficos do canabidiol restaram comprovados no tratamento de diversas doenças que se aloca em alguns grupos como imunologia, metabologia, neurologia, oncologia e psiquiatria. No que se refere a imunologia, a substância da *cannabis sativa* auxilia no bem estar dos pacientes portadores do vírus de HIV, promovendo o sono e o apetite e influenciam na melhora da imunossupressão, possuem efeito anti-inflamatório embaraçando a propagação de leucócitos, impulsionando a apoptose moléculas pró-inflamatórias, atua também no tratamento de artrite diminuindo a inflamação e inibindo de células T patológicas e macrófagos e reprimem a secreção de citocinas que são a síntese dos osteoclastos.

O estudo utilizou experimentos in vitro para observar o efeito do canabidiol e dois de seus análogos nas células do sistema imunológico que sintetizam citocinas inflamatórias – os macrófagos. O resultado obtido foi semelhante ao dos medicamentos anti-inflamatórios esteroides, porém, sem os seus efeitos colaterais, que incluem retenção de líquidos, aumento da pressão arterial e alterações metabólicas.(MARGATO; VASSALO, 2015)

No que tange à metabologia, o canabidiol contribui no tratamento para osteoporose e diabetes tipo II, pois, denota capacidade terapêutica em distúrbios metabólicos e retarda os danos das célula B na diabetes tipo II.

Estudo experimental, com participação do Prof. Raphael Mechoulam, mostrou controle expressivo da diabetes tipo 2 em modelo experimental. Oitenta e seis por cento dos ratinhos, alimentados com dieta restrita a carboidratos, desenvolveram diabetes contra somente 30% dos que receberam CBD. Tais resultados foram possíveis devido à redução significativa dos níveis plasmáticos de citocinas pró-inflamatórias que proporcionaram expressiva redução do infiltrado inflamatório em ilhotas pancreáticas além de redução de células T ativadas e macrófagos peritoneais. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. Acesso em 03 de março de 2018)

No campo da neurologia, o CBD auxilia no tratamento da epilepsia/epilepsia refratária, autismo, dor neuropática, esclerose múltipla, síndrome de Parkinson, doença de Alzheimer, fibromialgia, glaucoma e esclerose lateral amiotrófica.

O secretário da Sociedade Mineira de Neurologia Mauro Eduardo Jurno, e coordenador do Departamento Científico de Cefaleia da Academia Brasileira de Neurologia explica que o canabidiol pode ser indicado para o tratamento de várias doenças neurológicas. Os benefícios no tratamento de cada enfermidade são diversos. “Nas epilepsias, o medicamento ajuda no controle das crises convulsivas. Na esclerose múltipla, auxilia nos sintomas sensitivos. Já na Doença de Parkinson, o canabidiol possibilita um melhor desempenho motor”, cita. (ACADEMIA BRASILEIRA DE NEUROLOGIA, 2016)

Dentre outros, a substância da cannabis sativa possui relevante eficácia na seara oncológica, possuindo efeitos positivos no tratamento de câncer, além de oferecer suporte na quimioterapia, neuroblastoma, glioblastomas, linfomas e leucemias.

Atualmente, os canabinoides são usados com mais frequência do que anteriormente como drogas de suporte nos tratamentos paliativos de uma variedade de cânceres. Suas propriedades contra náuseas e tonteadas são de relevância clínica para pacientes com câncer tratados com quimioterapia e em estágio avançado, muitas vezes terminal. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. Acesso em 06 de março de 2018)

Além de ser eficaz no tratamento de patologias físicas, o CBD também mostrou eficiência no que se refere ao tratamento de doenças psíquicas como anorexia nervosa, transtornos relacionados a ansiedade, depressão, psicoses e dependência química, devido a, entre outros fatores, atividade no sistema límbico responsável pelas emoções, o qual é incitado pelo aumento de canabinoides, auxiliando em tratamentos de depressão.

A ativação dos receptores de serotonina 5-HT pelo CBD também demonstra ter efeito antidepressivo em modelos experimentais. Do mesmo modo, a neurogênese hipocampal, via de tratamento de algumas drogas antidepressivas, também é estimulada pelo CBD. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE

CANNABIS MEDICINAL. Acesso em 03 de março de 2018)

Resta comprovado de maneira cristalina que, o CBD possui elevada relevância no que atine a saúde, portando a capacidade de contribuir para a qualidade de vida de quem se encontra acometido por certas enfermidades, seja ela física ou psicológica, haja vista que, desde de tempos mais remotos o canabidiol tem se mostrado eficaz para terapias levando mais saúde e qualidade de vida a quem faz uso desse composto.

7. ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE ACESSO AO CANABIDIOL

A eficácia comprovada do canabidiol não foi o suficiente para que tal composto fosse permitido no Brasil. Apesar da existência de reiterados estudos comprobatórios sobre a capacidade medicinal do CBD e em diversos países já ter sido legalizado o uso, o Brasil ainda resistia no que se refere a sua utilização, tendo em vista que tal substância deriva da maconha.

Ocorre que, a burocracia enfrentada por quem precisa de remédios à base do ativo atrasa seu acesso à saúde básica, posto que, até 2015 a substância integrava a lista de proscritos da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, inserido no grupo de “substâncias psicotrópicas de uso proscrito”. A diretoria da autarquia aprovou em janeiro de 2015, por unanimidade, a alteração do CBD para a lista C1 de substâncias controladas.

O primeiro passo em direção ao acesso do composto da *cannabis sativa* foi dado em 2014, quando foi permitida pela primeira vez a importação do medicamento a base de CBD no Brasil graças a uma decisão judicial. Trata-se do caso de Anny Fischer que aos 4 anos de idade foi diagnosticada com síndrome de Rett CDKL 5, problema genético, raro e sem cura que causa epilepsia grave e, entre outros problemas desencadeava até 80 convulsões por semana, retardando seu desenvolvimento, e segundo retrata a mãe, Katiane Fischer, a filha voltou a ser recém-nascida e tornou-se inerte pois não conseguia realizar ações básicas como sentar. Os pais já haviam tentado outros tipos de tratamentos e medicamentos, porém ineficazes.

Foi quando tomou conhecimento da eficácia de um medicamento a base do canabidiol que seria capaz de auxiliar na promoção do bem estar de Anny, no entanto, a substância integrava a lista de produtos proibidos da ANVISA dificultando o acesso.

Apesar de toda burocracia e proibições do Estado, a família já havia importado de forma ilegal o remédio por três vezes e o seu uso era efetivo, reduzindo significativamente a quantidade de convulsões.

O tratamento alternativo começou em 11 de novembro de 2013, quando Anny pesava 12 kg, aos 5 anos e meio,

alimentava-se por sonda e não conseguia sequer sentar. Os pais importaram o medicamento de forma ilegal três vezes. (MENEZES, 2014)

A família recorreu ao Poder Judiciário para conseguir ter acesso ao produto quando na quarta importação o medicamento foi retido na alfândega de Curitiba – PA pela ANVISA e pela Receita Federal sob a alegação de que se tratava de uma substância ilegal no país. Foi proferida sentença de 1º grau pela Terceira Vara Federal do Distrito Federal permitindo a entrada do produto, pois, o acesso aquele remédio traria qualidade de vida à garota, promovendo seu bem estar e concretizando o direito fundamental à saúde, o que de fato ocorreu, segundo os pais a filha renasceu, não estando mais inerte voltando a interagir.

Assim, o primeiro passo havia sido dado para que outras pessoas que passavam pelos mesmos problemas pudessem ter acesso à saúde, pois, o que se depreende da solução oferecida pelo Judiciário é que a saúde como princípio fundamental, estando intrínseco ao homem, deve sobressair-se a qualquer formalidade, pois compõe o mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana. Assim, graças a este impulso, mais de mil pessoas foram autorizadas a utilizar este composto, promovendo em larga escala o direito a saúde.

A compra do CDB e do TCH era ilegal porque os compostos são encontrados em uma droga ilícita. Ao contrário do entorpecente, as substâncias não alteram sentidos nem provocam dependência. Norberto Fischer diz que no início de novembro o Brasil atingiu a marca de mil autorizações individuais concedidas para importação excepcional de produtos à base dos dois produtos derivados. (FORMIGA, 2015)

Notório observar que, foi através da tutela judicial que as pessoas conseguiram ter acesso ao medicamento, pois, as políticas públicas e a própria legislação burocratizavam e criminalizavam o acesso a tal composto, violando o caráter absoluto do direito à saúde. A partir de então diversas pessoas pleiteara na justiça a permissão para o uso da maconha medicinal, pleitos estes que foram concedidos sob o crivo de que o direito fundamental à saúde é inviolável sendo o básico para qualidade de vida.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. PACIENTE COM EPILEPSIA DE DIFÍCIL CONTROLE (CID: 6.40); DISTONIA INCAPACITANTE (CID: G24.8) E AUTISMO (CID:

F84.0).CONCESSÃO DE LIMINAR PARA O IMPETRADO FORNECER O MEDICAMENTO NECESSÁRIO À SAÚDE DA IMPETRANTE (CANABIDIOL). PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM RAZÃO DA NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA AFASTADA. NECESSIDADE DO MEDICAMENTO ATESTADA POR PROFISSIONAL DA ÁREA MÉDICA CAPACITADO. RECENTE AUTORIZAÇÃO DA ANVISA, PERMITINDO A RECEITA E IMPORTAÇÃO DO CANABIDIOL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO DE PLANO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DEVER DO ESTADO (APLICAÇÃO DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ATENDIMENTO AOS PROTOCOLOS CLÍNICOS DE DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. --1Em Substituição à Des^a. Maria Aparecida Blanco de Lima.-- DESNECESSIDADE. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A VIDA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, DO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO. TESES REJEITADAS. GARANTIA CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJPR - 4^a C.Cível em Composição Integral - MS - 1474214-0 - Curitiba - Rel.: Hamilton Rafael Marins Schwartz - Unânime - - J. 26.07.2016)(TJ-PR - MS: 14742140 PR 1474214-0 (Acórdão), Relator: Hamilton Rafael Marins Schwartz, Data de Julgamento: 26/07/2016, 4^a Câmara Cível em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 1868 22/08/2016)

No entanto o difícil caminho para que a saúde fosse alcançada na sua integralidade estava apenas começando. O alto custo de importação, bem como a burocracia que perdura até os dias atuais para a entrada da mercadoria no país, ainda distanciava as pessoas do acesso ao CBD, considerando que, as pesquisas científicas sobre o uso medicinal da maconha ainda estavam iniciando e ainda não se tinha certeza, por parte do poder público, se flexibilizar a ilegalidade da maconha era uma boa ideia.

Em 2015 foi proferida decisão do Tribunal Regional da 1^a Região determinando que ANVISA retirasse o ?9-Tetra-hidrocannabinol (THC) da lista de proscritos.

Em novembro de 2015, sentença proferida pelo MM Juiz Marcelo Rebello Pinheiro, da 16^a Vara Federal do TRF 1^a Região, determinou que a ANVISA retirasse o ?9-Tetra-hidrocannabinol (THC), substância presente na maconha, da lista de substâncias proibidas no Brasil. Pela decisão,

que é provisória, está liberada a importação de remédios que contenham THC e CBD na fórmula. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PACIENTES DE CANNABIS MEDICINAL. Acesso em 04 de março de 2018)

A importação do óleo rico em CBD foi liberada em caráter difuso, subsistindo ainda a exacerbada burocracia e a alta despesa pecuniária, devendo ser preenchidos requisitos impostos, dificultando o acesso ao medicamento, principalmente para as pessoas que não possuem condições econômicas para tanto. Contudo a saúde é um direito de todos, sem distinção, e deve ser assegurado aos brasileiros e residentes no país, preceito este resguardado pela Constituição Federal que possui como prerrogativa levar o bem estar social a todos através das políticas públicas e da edição de normas que sejam capazes de concretizar o direito.

“Entre 2015 e 2016, o número de pessoas que entraram com ação contra o Ministério da Saúde solicitando o fornecimento do composto quase triplicou, passando de 17 no primeiro ano para 46 no seguinte, segundo a pasta.” (CABRICOLLI, 2017)

É possível inferir através da observância do histórico do canabidiol que, a utilização deste composto no Brasil apenas teve impulso através de demandas judiciais, onde o Poder Judiciário assegurou por meios próprios o acesso ao medicamento a base do composto da maconha, permitindo sua importação mesmo sendo considerado ilícito no país. Ressalta-se que o critério observado para a flexibilização do composto no Brasil foi a promoção do direito fundamental a saúde, pois, este configura a base para existência humana com dignidade.

Independentemente de princípios constitucionais como a separação de poderes e a determinação da lei sobre a ilicitude do canabidiol, o direito a saúde está intrínseco ao homem, e diante da omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo a população tem visto seus direitos básicos violados e encontrado na tutela judicial o caminho para alcançar a plenitude dos direitos fundamentais.

Assim o ativismo judicial encontra base na ideia de que, a Constituição Federal enquanto lei suprema não pode portar apenas caráter simbólico e programático, pois, não é razoável possuir uma Constituição repleta de direitos que protegem a dignidade da vida e não efetivá-los em virtude da formalidade que já não está sendo suficiente para garantir o bem estar social, pois o que se objetiva é proporcionar ao meio social o bem comum.

Uma vez tendo em mente a necessidade de proteção da supremacia da Constituição, bem como da garantia de sua normatividade, os poderes constituídos aparecem inarredavelmente vinculados ao que a Carta Política lhes prescreve. É que existem dispositivos constitucionais que não são dotados de executoriedade imediata, dependendo, desse modo, de intermediação legislativa para serem concretizados. E, uma vez que o legislador deixa de agir, no sentido de concretizar comandos normativos dele

dependentes para alcançar efetividade, poderá, o agente político, incorrer em omissão inconstitucional. (PEREIRA, 2014, p. 168)

Baseado nessa ideia, em 2017 foi registrado pela ANVISA o primeiro medicamento a base do canabidiol, todavia, ainda se trata de uma matéria controversa, tendo em vista que não é distribuído pelo SUS e seu acesso possui um custo demasiado elevado, e considerando a condição financeira de boa parte dos brasileiros, impossível de suportar.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) aprovou o registro do medicamento específico Mevatyl (tetraidrocanabinol (THC), 27 mg/mL + canabidiol (CBD), 25 mg/mL), canabinoides obtidos a partir da *Cannabis sativa*, na forma farmacêutica solução oral (spray). É o primeiro medicamento registrado no país à base de *Cannabis Sativa*. (ASCOM/ANVISA, 2017)

Contudo, mesmo diante da força que os tribunais têm conferido na luta para que a saúde seja alcançada através do direito de utilizar a *cannabis sativa* para fins medicinais, as pessoas ainda esbarram na burocracia e na falta de condição financeira para custear o uso. É evidente que apesar das recentes progressões no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da maconha medicinal, a questão ainda enfrenta dificuldades.

Recentemente a Associação para Pesquisa e Desenvolvimento da Cannabis Medicinal do Brasil – Cannab requereu na justiça da Bahia liminar para pesquisar, cultivar e produzir óleo de maconha para fins medicinais, o pedido foi requestado para atender a 50 pessoas, mas pode beneficiar mais de 300 pessoas.

A Associação para Pesquisa e Desenvolvimento da Cannabis Medicinal no Brasil (Cannab) entrou com um pedido de liminar na Justiça da Bahia pelo direito de pesquisar, cultivar e produzir o óleo de maconha para fins medicinais. A substância, o canabidiol, já é utilizada em diversos tratamentos neurológicos pelo mundo, mas, no Brasil, o acesso ao medicamento ainda esbarra em questões burocráticas e, principalmente, financeiras. (ROSSI, 2018)

Ademais é notório que o Judiciário tem insistido na ideia de que saúde é direito inderrogável e, independentemente de qualquer formalidade contida na legislação, deve ser concretizado, como a permissão concedida para a associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança (ABRACE), em João Pessoa, para cultivar a maconha para que atenda 151 pacientes. A decisão foi proferida pela Justiça Federal da Paraíba.

A magistrada estabeleceu ainda que a Anvisa receba esse pedido de Autorização Especial no prazo de 45 dias. Ao falar sobre a evolução do uso medicinal da maconha, a magistrada federal fez o registro de decisões da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e da 1ª Vara da Paraíba, autorizando pacientes a importar tais produtos, o que ainda foi considerado um entrave para famílias carentes em virtude dos custos envolvidos. "O custo mensal pode superar R\$ 1.000,00, valor que pode torná-lo inacessível para famílias de baixa renda", afirmou ela. (G1 PB, 2017)

Embora a maconha ainda arrote dificuldades devido à burocracia e o alto custo, a esperança que se tem é que na inércia do Poder Público os tribunais venham a servir como um instrumento promotor do direito fundamental a saúde, na sua plenitude.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial, embora periodicamente considerado um fenômeno vil e anárquico que transparece vilipêndio ao princípio da separação de poderes, tem desempenhado papel de extrema importância no que se refere ao direito fundamental à saúde. Não obstante ainda visto sob a lente positivista como um comportamento audacioso por parte do Poder Judiciário brasileiro, o ativismo tem colaborado para que a justiça social alcance a todos, sem distinção, tendo em vista que coloca a dignidade da pessoa humana acima de qualquer norma positivada e burocracia no acesso à saúde.

O Judiciário brasileiro tem ganhado destaque principalmente no tocante a utilização de substâncias derivadas da maconha para fins medicinais. Ocorre que já foi comprovado o potencial terapêutico do canabidiol em diversas doenças, tanto físicas quanto psicológicas, porém devido a ilicitude da planta em território brasileiro o uso do composto é algo difícil, distanciando as pessoas do acesso à saúde, pois, traz qualidade de vida e permite que algumas limitações causadas pelas enfermidades fossem superadas, levando esperança para quem possui sua vida comprometida.

Influenciado por esse pensamento, o Poder Judiciário permitiu a primeira importação legal do óleo a base do CBD, o que antes era feito de maneira ilegal. Este foi um significativo avanço na luta pelo acesso a saúde tendo em vista que, a partir da decisão dos tribunais a tendência a aceitação do produto no país foi aumentando de forma gradativa, até chegar nos dias atuais, onde o canabidiol deixou de integrar a lista de produtos proibidos da ANVISA e agora completa a lista de produtos controlados, sendo que em 2017 foi registrado o primeiro medicamento a base da *cannabis sativa*.

Em que pese já seja permitido o uso do CBD no Brasil, a matéria ainda é controversa pois, não há pacificação para o uso em todos os tipos de doenças, embora já comprovada a eficácia, e a questão ainda precisa ser levada aos

tribunais, pois, diante do alto custo do medicamento a maior parte do público alvo do produto não possui condição de custeá-lo, e o SUS não o distribui, distanciando a população mais uma vez do acesso integral a saúde, visto que o custeio de medicamentos pelo Poder Público comporta o sentido completo do direito à saúde.

Assim, diante do comportamento do Poder Público em obstar o acesso a tal produto através de burocracias, as pessoas têm recorrido ao Poder Judiciário para que a tutela estatal do direito à saúde chegue a cada uma delas de forma integral, incluindo o acesso gratuito a tratamentos já comprovadamente eficazes.

Isto posto, é notório que ativismo judicial tem contribuído para a promoção da saúde. Ora, é mais plausível aceitar que o Poder Judiciário esteja exercendo prerrogativas próprias do Legislativo e Executivo com o objetivo de promover o bem comum, do que deixar a população desprovida do mínimo existencial, sob a alegação de estar violando o princípio da separação de poderes, modelo este introduzido em contexto diverso ao que se vivencia hoje.

REFERÊNCIAS

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Acórdão de decisão que concedeu mandado de segurança**. Mandado de segurança nº 1.474.214-0, do foro central da comarca da região metropolitana de Curitiba-PR. 26/07/2016. Disponível em: . Acesso em: 04 mar 2018.

ASCOM/ANVISA. **Registrado primeiro medicamento à base de Cannabis sativa**. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/agencia-aprova-primeiro-remedio-a-base-de-cannabis-sativa/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=pt_BR>. Acesso em: 06 de mar de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

CAMBRICOLI, Fernanda. **Pacientes vão à Justiça para exigir que SUS pague tratamento com canabidiol**. Disponível em:<<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,pacientes-vao-a-justica-para-exigir-que-sus-pague-tratamento-com-canabidiol,70001696090>>. Acesso em: 07 de mar de 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF. 1º** .ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANÁRIO, Pedro. “**Reserva do possível**” não permite que Executivo ignore a **Constituição, julga STF**. Disponível em: . Acesso em: 17 de out. 2017.

Cannabis Medicinal na História. Disponível em: < <http://amame.org.br/historia-da-cannabis-medicinal/>> Acesso em: 03 mar. 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª .ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Salomão Ismail. **Reserva do possível não é somente cálculo matemático**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-out-03/mp-debate-reserva-possivel-nao-somente-calculo-matematico>>. Acesso em: 07 mar de 2018.

FIRMINO, Nelson Flávio. **Curso de Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2013.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Medicamentos**. Disponível em:< <https://pensesus.fiocruz.br/medicamentos>>. Acesso em: 05 de mar de 2018

G1 PB. **Juíza autoriza cultivo da maconha para tratamento medicinal na Paraíba**. Disponível em:< <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/juiza-autoriza-cultivo-da-maconha-para-tratamento-medicinal-na-paraiba.ghtml>>. Acesso em: 06 de mar de 2018.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais – Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Manual de Direito Constitucional**. 6ª. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

MAGALHÃES, Julio Cesar Reccanello. **Estado de Direito e Estado Democrático de Direito**. Disponível em:<<http://uniesp.provisorio.ws/feati/revistaeletronica/downloads/numero12/6-Estado-de-Direito.pdf>>. Acesso em: 28 de fev de 2018.

MENEZES, Leilane. **O renascimento de Anny**. Disponível em:<http://sites.correioweb.com.br/app/noticia/encontro/revista/2014/11/19/interna_revista,1794/o-renascimento-de-anny.shtml>. Acesso em 04 de mar de 2018.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do Possível – Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Curitiba, Juruá, 2014.

PROFARMA. **Brasil poderá fazer testes pré-clínicos com a cannabis.** Disponível em: <http://www.abneuro.org.br/clippings/detalhes/640/brasil-podera-fazer-testes-pre-clinicos-com-a-cannabis>. Acesso em: 06 de mar de 2018.

ROSSI, Marina. **Associação vai à Justiça por direito de produzir maconha para tratar pacientes com câncer e microcefalia.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/28/politica/1519851595_810143.html>. Acesso em: 06 de mar de 2018.

SANTOS, Leonardo Fernandes dos. A força normativa da Constituição: **Sociedade, Direito e Garantias Fundamentais.** Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/537698>. Acesso em: 04 de mar de 2018.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: **Riscos e Possibilidades.** Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22481014/o-neoconstitucionalismo-no-brasil---daniel-sarmento>>. Acesso em 03 de mar de 2018.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 02 de mar de 2018.

TOLEDO, Mauricio Moreira. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial no Brasil.** Disponível em: <http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Pesquisa/pibic/publicacoes/2011/pdf/dir/mauricio_moreira.pdf>. Acesso em: 03 de mar de 2018.

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br.

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: MEIOS DE CONSTATAÇÃO

DEVAIR TENANI: Bacharelado em Direito pela UNIBRASIL - Universidade Brasil. Funcionário Público Estadual;

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo apresentar como ocorre na prática a aplicação fiscalização de trânsito pelas autoridades ou agentes de trânsito do Estado de Paulo. Assim, serão analisados os institutos jurídicos que as regem, sejam eles, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), em seus artigos 165, 165-A, 276, 277 e 306, além da resolução do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), nº 432, de 23 de janeiro de 2013. O CTB nos trás quais são as sanções cabíveis para cada tipo de situação e a resolução do CONTRAN, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados quanto à constatação do consumo de álcool ou qualquer substância psicoativa que determine dependência. Uma vez constatada, será lavrado à autuação pela autoridade de trânsito e seus agentes por meio de pelo menos um dos procedimentos que poderão ser verificados através de exame de sangue; exames realizados por laboratórios especializados, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência, ou através de teste Etilômetro, que é o aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar, sendo este último o mais usado na prática.

Palavras-chave: Etilômetro. Capacidade Psicomotora. Embriaguez. Crime e Infração de trânsito.

ABSTRACT: This work aims to present how the traffic inspection appliance by SP state's authorities or traffic agents occurs in practice. This way, the juridical institutions which rule them will be analyzed, be they the Brazilian traffic regulations, in their articles 165, 165-A, 276, 277 and 306, besides the national traffic council resolution, number 432, from January 23, 2013. The BTR show us what the appropriate penalties for each kind of situation are and the NFC's resolution, it shows the adopting procedures towards the alcohol consumption observation or any psychoactive substance that determines addiction.

Once established, an assessment will be carried out by the traffic authorities and their agents by at least one of the procedures that may be verified through a blood

test; tests done by specialized labs, in case of other psychoactive substances consumption that determines addiction, or through a breathalyzer test, which is the mechanism aimed to alcohol level in the alveolar air measurement, be the latter the most used in practice.

KEYWORDS: Breathalyzer, Psychomotor capacity, Drunkenness, Crime and traffic violation.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PROCEDIMENTOS PARA A CONSTATAÇÃO DA EMBRIAGUEZ. 2. SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. 3. APLICAÇÃO DO TESTE DE ETILÔMETRO. 4. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. 5. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. 6. RECUSA AOS PROCEDIMENTOS DO ARTIGO 277 DO CTB. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O tema em estudo é sempre polêmico, pois toda vez que é tratado sempre trazem divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O fato é que o consumo de álcool associado à direção de veículo automotor causa vários acidentes no trânsito brasileiro todos os dias, resultando em mortes e lesões.

Segundo matéria publicada em 20/06/2017, pelo Jornal do Brasil em, que trás dados da Agência Brasil sobre o consumo de álcool em 2016, 7,3% da população brasileira adulta, alegaram que costumam beber bebidas alcoólicas e dirigem. No ano de 2015 o índice foi de 5,5%.

A Agência Brasil, em matéria publicada em 09/11/2016, trás que somente na cidade de São Paulo, nos períodos de junho de 2014 e dezembro de 2015, 42,9% mortes em acidentes de trânsito haviam ingerido álcool.

Não podemos esquecer que a Constituição Federal, em seu artigo 5º assegura a inviolabilidade do direito de vida. Mas como assegurar esse direito se a lei ordinária não punir rigorosamente aqueles que por dirigir embriagados colocam vidas em risco.

Com essa preocupação, ao longo dos anos os legisladores vêm desenvolvendo leis na tentativa de diminuir o grande número de acidentes e mortes no trânsito brasileiro e garantir nosso direito constitucional tutelado pela nossa Constituição Federal, impondo penalidades rigorosas aos que forem flagrados dirigindo sob a influência do álcool.

Em 19 de junho de 2008, foi sancionada a Lei Federal nº 11.705, que ficou conhecida como "Lei Seca", porém sofreu alterações pela Lei Federal nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, chamada de "Nova Lei Seca".

Desde então, novas alterações foram instituídas com intuito de dar maior rigidez a esta fiscalização, assim ao longo dos anos foram sancionadas novas leis que se adequassem para uma melhora em sua eficácia.

A resolução nº 432 do CONTRAN entrou em vigor em 23 de janeiro de 2013, com a missão de padronizar os meios e procedimentos para a constatação de tais alterações dos condutores que dirigem sob a influência de álcool ou qualquer outra substância que cause dependência. A edição desta resolução trouxe melhor aplicabilidade ao CTB, em seus artigos 165, 165-A, no que tange a sanção administrativa, e artigo 306, que trata do crime de embriaguez ao volante.

Posteriormente, em 9 de maio de 2014, fora criada a Lei nº 12.971, que alterou alguns artigos do CTB, como por exemplo, os parágrafos 2º e 3º do art. 306.

Já o parágrafo 3º do art. 277 do CTB, sofreu alterações em sua redação por força da Lei nº 13.160 de 25 de agosto de 2015, no que tange a retenção, remoção e leilão de veículo.

No dia 4 de maio de 2016, a Lei nº 13.281 acrescentou alguns artigos ao CTB, dentre eles o Art. 165-A, que trata da sanção ao condutor que recusar qualquer dos procedimentos do o art. 277 do CTB, e na resolução nº 432 do CONTRAN.

Recentemente, em 19 de dezembro de 2017, foi editada a Lei nº 13.546/17, alterando alguns dispositivos do CTB, estando esta em período de *Vacatio Legis* pelo período de 120 (cento e vinte) dias. Esta nova Lei acrescenta novos parágrafos aos artigos 302 e 303 do CTB, sendo tratados como qualificadoras tais crimes ao condutor que envolva em acidente de trânsito, estando este sob a influência de álcool ou substância que altere a capacidade psicomotora.

Os artigos 276 e 277 do CTB são as bases legais que disciplinam tal fiscalização. O art. 276 disciplina que o condutor incorrerá em sanção administrativa caso apresente qualquer concentração de álcool, seja ela por litro de sangue o por ar alveolar, ao passo que o art. 277 disciplina os tipos de procedimentos que serão aplicados a condutores envolvido em acidente de trânsito ou que for submetido à fiscalização de trânsito, podendo ser teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, conforme disciplinada CONTRAN.

I. PROCEDIMENTOS PARA CONSTAÇÃO DA EMBRIAGUEZ

Os meios para a constatação da embriaguez estão disciplinados no art. 277 do CTB, somados a resolução nº 432 do CONTRAN. Durante os procedimentos podemos deparar com dois tipos situações, podendo ser caracterização por uma sanção administrativa ou criminal, podendo ser unilaterais ou cumuladas. Sempre uma sanção criminal será cumulada com sanção administrativa, porém, nem toda sanção administrativa será cumulada com a criminal.

Apesar de existirem vários tipos de procedimentos para esta constatação, tais como: exame de sangue e exames realizados por laboratórios especializados, o presente estudos decorrerá sobre os sinais de alteração da capacidade psicomotora, o teste com aparelho destinado à medição do teor álcool expelido dos pulmões e recusa a qualquer dos procedimentos de fiscalização estabelecidos pelo art. 277 do CTB.

A resolução nº [432](#) do CONTRAN admite ainda, a prova testemunhal, imagem, vídeo dentre outros meios de prova em direito admitido, observado o direito à contraprova.

2. SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

Antes de entrarmos nas questões das infrações administrativas o dos crimes de embriaguez ao volante, deveremos estudar o ANEXO II da resolução nº 432 do CONTRAN, que trás procedimentos e requisitos que identifica os sinais de alteração da capacidade psicomotora dos condutores de veículos automotores, podendo ser constatada por exame clínico com laudo conclusivo, firmado por médico perito; ou constatação, pelo agente ou autoridade de trânsito.

A confirmação dos sinais da alteração da capacidade pela autoridade ou pelo agente de trânsito será composta por um conjunto de sinais que comprovem a alteração do condutor.

É importante frisar que o condutor que apresente apenas um sinal de alteração da capacidade psicomotora, já incorrerá para que seja lavrada a sanção administrativa, ou seja, a autuação pela autoridade ou agente de trânsito. Apresentando dois ou mais sinais de alteração, incorrerá em sanção do crime de embriaguez ao volante.

O auto de infração devera constar o enquadramento específico dos sinais de alteração que o condutor apresenta.

Através do anexo II da resolução 432 do CONTRAN verificamos o rol dos sinais caracterizam a alteração da capacidade psicomotora do condutor que esteja

sob o efeito de álcool ou de substância que cause dependência, e faz uma divisão dos sinais a ser observados pelo agente fiscalizador, quanto: à aparência, à atitude, à orientação, à memória e à capacidade motora e verbal.

Assim, os sinais de alteração da capacidade psicomotora são compreendidos como: sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem nas vestes e odor de álcool no hálito; agressividade, arrogância, exaltação, ironia, falante e dispersão; se o condutor sabe onde está e sabe a data e a hora; se sabe seu endereço e lembra-se dos atos cometidos, e se o condutor apresenta dificuldade no equilíbrio e fala alterada.

Veremos a seguir detalhadamente os dois tipos de sanções que o condutor que apresente tais condições poderá incorrer.

3. APLICAÇÃO DO TESTE DE ETILÔMETRO

São diversos os meios para verificação da embriaguez na direção de veículo automotor, porém, na prática o aparelho de etilômetro é o mais utilizado, pelo fato de servir por si só, para tal constatação de álcool, acarretando em sanção administrativa.

Após ter entrado em vigência a Lei nº 12.760/2012, o art. 306 do CTB, afastou um limite mínimo de álcool por litro de sangue para a configuração do crime, utilizando também como meio de fiscalização os sinais de alteração da capacidade psicomotora, tornando possível a constatar a embriaguez pelo ar alveolar, assim, acabou por regulamentar o uso de aparelho para a realização do teste do etilômetro “bafômetro” como meio de verificação do nível de embriaguez do condutor do veículo. Também poderão ser verificados os sinais de alteração da capacidade psicomotora do condutor de veículo através exame clínico, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de provas admitidos, observados o direito à contraprova. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito conforme julgado em 01/10/2015, (STJ. 5ª Turma. HC 322.611/RS, Rel. Min. Felix Fischer).

A utilização de aparelho etilômetro deve estar atrelada a aprovação do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade (RBMLQ).

Ira caracterizar da infração administrativa através do teste de etilômetro, toda vez que a concentração de álcool for igual ou superior a 0,05 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expirado (mg/L). A própria resolução nº 432 DO CONTRAN apresenta em seu anexo I, uma tabela que consta os resultados dos testes realizados, bem como desconto de margem de erro. Somente a partir desta

subtração é que se verifica o acarretamento de sanção administrativa ou em crime de embriaguez ao volante, isoladas ou cumulativamente.

4. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

O condutor de veículo automotor que for submetido ao teste de etilômetro, e sendo constatado que a medição realizada for igual ou maior de 0,05 mg/L até o limite de 0,33 mg/L, incorrerá na sanção administrativa de multa na forma do art. 165 CTB, que é uma infração de natureza gravíssima, com penalidade de multa, multiplicada 10 (dez) vezes o seu valor e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, além da medida administrativa de recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e retenção do veículo. Ainda existe uma agravante trazida pelo parágrafo único do art. 165 que é aplicação em dobro à multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

A multa deverá ser lavrada em auto de infração próprio, sem conter rasuras com os dados específicos, tais como infrator, local horário, o número de enquadramento 51691 do art. 165 do CTB, os meios utilizados que levaram para a constatação da infração, e caso seja com aparelho de etilômetro, informar o número de série do aparelho e número do teste e os valores do teste de etilômetro com o valor da medição realizada, do valor considerado. Não sendo atendidos tais requisitos, o auto de infração de trânsito é passível de cancelamento através de interposição de recurso.

A medida administrativa prevista para o recolhimento da CNH será mediante expedição do Certificado de Recolhimento e Remoção (CRR), permanecendo apreendida pelo prazo de 5 (cinco) dias, na unidade Policial Militar local. Não sendo retirada pelo condutor no prazo estabelecido, a CNH será encaminhada ao DETRAN.

A retenção do veículo será em tempo hábil, não tendo um limite de tempo fixado em Lei, que decorrerá da discricionariedade da autoridade ou agente de trânsito. Não sendo apresentado condutor habilitado, o veículo será recolhido ao pátio credenciado, mediante expedição do CRR.

Após todos os procedimentos o condutor será liberado, sem a necessidade de ser apresentação à autoridade policial.

Quando se fala que o condutor incorrerá em penalidade administrativa toda vez que o teste de etilômetro atingir a medição mínima de 0,05 mg/L, poderá surgir questionamentos, pois desde que a Lei Federal nº 11.705, de 19 de junho de 2008, alterada pela Lei Federal nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, chamada de

"Nova Lei Seca" entrou em vigor a tolerância passou a ser 0 (zero), porém, percebemos que existe uma tolerância de 0,04 mg/l.

Não mudou nada, a tolerância ainda continua sendo 0 (zero). Essa questão pode ser facilmente explicada. A diferença existente de 0,04 mg/L esta relacionada à margem de erro do aparelho de medição, o etilômetro, conhecido popularmente como "bafômetro".

Vale lembrar que apesar do CTB ser uma legislação Federal, os Estados seguem procedimentos diferentes quanto às medidas adotadas, sendo esta base de informação do Estado de São Paulo.

5. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

O condutor de veículo automotor que for submetido ao teste de etilômetro, e que ao valor da medição realizada for igual ou superior a 0,34 mg/L, incorrerá no crime de embriaguez ao volante, constante no art. 306 do CTB, cumulativamente com a sanção administrativa de multa e das mediadas administrativas.

O art. 306 do CTB trata do crime de embriaguez ao volante, que é quando o condutor é flagrado na direção de veículo automotor com sua capacidade psicomotora altera pela ingestão de álcool ou substancia de cause dependência. As penas imposta são de detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Em seu parágrafo 1º e incisos I e II, trás os meios de constatação, sejam eles através da concentração álcool no sangue ou pelo ar alveolar, ou sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora.

No seu parágrafo 2º, traz os meios de obtenção da constatação da concentração de álcool no condutor, podendo ser de varias formas: teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos observados o direito à contraprova. Já o parágrafo 3º diz que o CONTRAN disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime previsto neste artigo.

Percebesse que existe a possibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato, caracterizando tanto pela infração administrativa quanto pela infração penal. A punibilidade do crime de que trata o caput não elide a aplicação do disposto no art. 165 do CTB.

As medidas administrativas referentes à CNH e veículo, são as mesmas do cometimento das infrações administrativas, como vimos na infração administrativa.

O condutor será atuado em flagrante delito pelo crime de embriaguez ao volante e será apresentado na Central de Polícia Judiciária ou delegacia, onde autoridade policial (delegado) adotara os procedimentos cabíveis, quanto à ratificação ou não da prisão, ou ainda arbitrar fiança, já que a pena é de detenção, de seis meses a três anos. Assim, com base no art. 322 do Código de Processo Penal, a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos em que a infração com pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Vale lembrar que recentemente, em 19 de dezembro de 2017, foi editada a Lei nº 13.546/17, que incluiu novos dispositivos do CTB, aos crimes de trânsito quando o condutor estiver embriagado ou sob o efeito de substâncias que causem dependência, alterando assim sua capacidade psicomotora. A nova Lei esta em período de vacância de 120 (cento e vinte) dias. Com os as inserções trazidas pela nova Lei, o mais importante para o presente estudo é o acréscimo do § 3º ao art. 302 que trata do homicídio culposo na direção de veículo automotor, e o acrescido do seguinte § 2º, numerando-se o atual parágrafo único como § 1º ao Art. 303 que trata da que trada da lesão corporal na direção de veículo automotor. Tais parágrafos inseridos nos artigos 302 e 303 do CTB passam a tratar a embriaguez ao volante como circunstância qualificadora dos crimes de homicídio e lesão corporal culposa.

Em ambas as alterações, os condutores de veículos que envolverem-se em acidente de trânsito, tendo como resultado a prática de homicídio culposo ou praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, e que sendo constatada sua embriaguez ou que esteja sob o efeito de substância psicoativa que determine dependência terão sua pena aumentada, funcionando assim como qualificadora do crime.

No caso do parágrafo 3º do art. 302 do CTB, que trada do homicídio culposo, a pena que era de detenção passa a ser de reclusão, elevando de 2 (dois) a 4 (quatro) anos para 5 (cinco) a 8 (oito) anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Já o parágrafo 2º do art. 303 do CTB, que trada da lesão corporal culposa, a pena que era de detenção passa a ser de reclusão, elevando de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos para 2 (dois) a 5 (cinco) anos, sem prejuízo das outras penas previstas para o artigo.

Ao passo que a nova Lei entrar em vigor, a autoridade policial não poderá mais arbitrar fiança, nos caso dos artigos 302 e 303 do CTB, quando os condutores

de veículos automotores envolverem em acidentes de trânsito forem autuados em flagrante, estando estes sob o efeito de álcool ou qualquer outra substância que determine dependência.

O condutor autuado em flagrante será recolhido a Cadeia Pública, e no prazo de 24 (vinte e quatro) horas será apresentado ao juiz para a realização da audiência de custódia. Assim, o juiz poderá conceder sua liberdade provisória com ou sem fiança, podendo ainda adotar outros procedimentos.

Significa que, todo autuado em flagrante, que esteja das condições impostas pela Lei nº 13.546/17, serão presos, isto é, recolhidos na carceragem até a audiência de custódia, ou seja, pelo menos por 24 (vinte e quatro) horas.

6. RECUSA AOS PROCEDIMENTOS DO ARTIGO 277 DO CTB

Em 05 de maio de 2016, entrou em vigor a Lei nº 13.281/2016, que altera o CTB. Dentre outras disposições, fora acrescentado ao CTB, o art. 165-A ao CTB. Conseqüentemente o condutor que se recusar a realizar o teste de etilômetro, não incorrerá pela sanção do art. 165 do, mais pelo art. 165-A, ambos do CTB.

O art. 165-A do CTB, disciplina que a simples recusa do condutor a qualquer dos meios de constatação encontrados no art. 277 do CTB, quais sejam: teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, todos disciplinados pelo CONTRAN, serão passíveis de sanção, seja ela administrativa ou criminal. A natureza desta infração, penalidade, medida administrativa, bem como a reincidência da infração no período de 12 (doze) meses são as mesmas impostas pelo art. 165 do CTB, como vimos acima.

Sem sombra de dúvidas que o acréscimo deste novo artigo, causaria grandes discussão no mundo jurídico, no que tange a sua constitucionalidade e o Princípio da não Auto Incriminação, sob a alegação que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Sua fundamentação é encontrada no Pacto de San José da Costa Rica, que tem força de norma supralegal em nosso ordenamento jurídico, que estabelece em seu art. 8º, inciso II, alínea “g”, que toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Diante de tais questionamentos pode se pensar então que o art. 165-A do CTB é inconstitucional. O meu ponto de vista não acho, pelo simples fato de que este princípio quando não esta amoldado na esfera penal, tem sua força, sua aplicação mitigada. No campo administrativo o condutor que comete um ilícito administrativo tem o seu direito de não produzir prova contra si mesmo, porém, pela sua omissão poderá incorrer em sanção administrativa, e digo mais, a

realização do teste de etilômetro funcionária como uma contra prova de não esta dirigindo com sua capacidade psicológica alterada.

Da mesma forma também Renato Brasileiro, tem mesmo entendimento da não ocorrência de nenhuma inconstitucionalidade, antes mesmo da criação do art. 165-A, assim explica:

O fato de o art. 277, § 3º, do CTB, prever a aplicação de penalidades e medidas administrativas ao condutor que não se sujeitar a qualquer dos procedimentos previstos no caput do referido artigo é perfeitamente constitucional. Ao contrário do que ocorre no âmbito criminal, em que, por força do princípio da presunção de inocência, não se admite eventual inversão do ônus da prova em virtude de recusa do acusado em se submeter a uma prova invasiva, no âmbito administrativo, o agente também não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, porém, como não se aplica a regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, a controvérsia pode ser resolvida com base na regra do ônus da prova, sendo que a recusa do agente em se submeter ao exame pode ser interpretada em seu prejuízo, no contexto do conjunto probatório, com a consequente imposição das penalidades e das medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB. (LIMA, 2015, p. 81-82).

Antes mesmo da criação do art. 165-A do CTB, já houve condenação no mesmo sentido, conforme julgamento em 14/12/2009 (TJ-SP - SR: 994093709654 SP, Relator: José Habice, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/01/2010).

O condutor que recusar-se a qualquer dos procedimentos elencados no art. 277 do CTB, e não apresente nenhum sinal, ou apenas um sinal de alteração de sua capacidade psicomotora, será aplicada a penalidade e medidas administrativas previstas no art. 165-A do CTB. Assim, será a ele imposto a sanção administrativa, enquadramento nº 75790 do art. 165-A do CTB.

As medidas administrativas são as mesmas aplicadas ao art. 165 do CTB, como apresentado nos tópicos anteriores deste estudo.

O simples fato do condutor se recusar ao qualquer dos procedimentos trazidos pelo art. 277 do CTB e pela resolução nº 432 do CONTRAN, não deve ser

levado como regra geral à aplicação do art. 165-A, isso porque dependera de cada situação, como por exemplo, o condutor que:

a) que se recuse a qualquer dos procedimentos e que não tenha nenhum sinal de sua capacidade psicomotora alterada, será aplicada a sanção de infração administrativa do art. 165-A do CTB, bem como as medidas administrativas de recolhimento da CNH e retenção do veículo até que apresente condutor habilitado, e nunca poderá ser cumulativa com o crime de embriaguez do art. 306 do CTB;

b) se recuse a qualquer dos procedimentos e que apresente apenas um sinal de sua capacidade psicomotora alterada, será aplicada a sanção de infração administrativa do art. 165 CTB, bem como as medidas administrativas de recolhimento da CNH e retenção do veículo até que apresente condutor habilitado, e também e nunca poderá ser cumulativa com o crime de embriaguez do art. 306 do CTB;

c) se recuse a qualquer dos procedimentos e que apresente dois ou mais sinais de sua capacidade psicomotora alterada, será aplicada a sanção de infração administrativa do art. 165 CTB, bem como as medidas administrativas de recolhimento da CNH e retenção do veículo até que apresente condutor habilitado. Porém, neste caso, o condutor receberá voz de prisão pelo crime de embriaguez ao volante do art. 306 do CTB, e será apresentado na Central de Polícia Judiciária ou delegacia, onde autoridade policial (delegado) adotará os procedimentos cabíveis, quanto à ratificação ou não da prisão, bem como o arbitramento de fiança, a depender do caso concreto.

Vejam como o assunto é complexo, quando se trata da fiscalização e aplicação dos diplomas legislativos em estudo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a fiscalização de trânsito, em especial a parte de embriaguez ao volante, seja ela sob o efeito de álcool ou outra substância que cause dependência, é um tema que sempre apresenta muitas discussões por ser um tema extremamente complexo.

Vale lembrar que o Código de Trânsito Brasileiro é uma legislação Federal, os estudos aqui analisado é com base na aplicação das autoridades e agentes de trânsito do Estado de São Paulo. Além disso, o exposto aqui não esgota todo teor dos institutos jurídicos a respeito do tema, sendo este assunto uma pequena parte da resolução nº 432 do CONTRAN e do CTB.

Dentre vários fatores que contribuem para o grande número de acidentes de trânsito envolvendo o consumo de álcool, estão associados à falta de educação, de respeito, de gentileza e acima de tudo consciência no trânsito.

Notamos que os legisladores vêm desenvolvendo leis mais rígidas no combate aos crimes de embriaguez ao volante, porém, a grande dificuldade nas aplicações das diversas legislações existentes está diretamente à fiscalização de trânsito. Não adiante desenvolver leis severas se desenvolver meios eficazes de fiscalização.

Percebe-se que os condutores irresponsáveis que consomem bebidas alcoólicas e conduzem seus veículos tem a sensação de que não serão fiscalizados ou “pegos”.

Todos os anos, perdemos muitas vidas devido às imprudências no trânsito. O simples fato de um condutor se negar a realizar qualquer dos procedimentos aqui apresentados, já apresenta a dúvida, que não deve ser presumida, mas comprovada por uma série de procedimentos trazidos pela legislação de trânsito.

Vamos ficar na torcida para que quando a Lei nº 13.546/17 entrar em vigor, os condutores tenham mais consciência, não a consciência propriamente dita, mas pelo fato da qualificação dos crimes de trânsito dos artigos 302 e 303 do CTB, que elevaram consideravelmente as penas, porém sem a devida fiscalização de trânsito não atingirá seu objetivo, qual seja, diminuir o grande número de mortes e feridos no trânsito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito: **Resolução nº 432, de 23 de janeiro 2013**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos artigos. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). 2013. Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: . Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678, 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro**. 1997. Disponível em: /L9503Compilado.htm

>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9714, de 25 de novembro de 1998**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. 1998. Disponível em: . Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4o do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. 2008. Disponível em: . Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112760.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014**. Altera os arts. 173, 174, 175, 191, 202, 203, 292, 302, 303, 306 e 308 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito. 2014. Disponível em: . Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.160, de 25 de agosto de 2015**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre retenção, remoção e leilão de veículo, e revoga a Lei nº 6.575, de 30 de setembro de 1978. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13160.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.281, de 04 de maio de 2016**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113281.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.546, de 09 de dezembro de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para

dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13546.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo SR: 994093709654 SP**, Relator: José Habice, julgamento em 14/12/2009, 6ª Câmara de Direito Público. 2009. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/434766341/andamento-do-processo-n-1000452-8120178260168-procedimento-comum-01-03-2017-do-tjsp?ref=topic_feed>

>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CRUZ, E. P. EBC AGÊNCIA BRASIL: **Quase metade das mortes no trânsito em SP tem relação com álcool, diz estudo**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2016-11/quase-metade-das-mortes-no-trnsito-em-sp-tem-relacao-com-alcool>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

JORNAL DO BRASIL. **Após 9 anos de Lei Seca, beber e dirigir ainda são práticas para muitos brasileiros**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/06/20/apos-9-anos-de-lei-seca-beber-e-dirigir-ainda-e-pratica-para-muitos-brasileiros/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, C. M. **Comprovação da prática do crime de embriaguez ao volante e a decisão do STJ. 5ª Turma. HC 322.611/RS, Rel. Min. Felix Fischer**. Disponível em: <<https://karlamendess.jusbrasil.com.br/artigos/304752339/comprovacao-da-pratica-do-crime-de-embriaguez-ao-volante>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ASPECTOS GERAIS E CARACTERÍSTICAS DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

BRUNO MENEZES SOUTINHO:

Graduado em Direito pela UFPE, Pós Graduando em Direito Tributário pela Damásio Educacional, Procurador do Estado de Mato Grosso.

RESUMO: Diante das discussões mais atuais sobre as Leis de Licitações, é certo que, em um futuro próximo poderá haver eventual alteração na Lei 8987/95. Ainda é importante ressaltar que tal lei foi um marco nas concessões de serviços públicos, sendo bastante utilizada até hoje. Assim, é importante realizar uma análise dos aspectos gerais e dos requisitos para que um contrato administrativo se caracterize como concessão de serviço público

SUMÁRIO: 1. ASPECTOS GERAIS. 2. DOS REQUISITOS. 3. BIBLIOGRAFIA

1. ASPECTOS GERAIS

A prestação de serviços públicos não é uma faculdade, é dever constitucional do Estado. É direito público subjetivo da população elencado no artigo 175 da Constituição Federal a disponibilização dos serviços públicos considerados de interesse social para a coletividade. Entretanto, nem sempre a prestação será feita de forma direta, frequentemente ocorre a delegação para particulares, que por sua conta e risco, prestarão os serviços públicos, gerando a chamada descentralização administrativa. A Administração Pública mantém a titularidade, repassando apenas o direito de prestação. Justamente por continuar com o Estado a disponibilidade do serviço, o particular deverá prestá-lo, onde, quando, como e enquanto o Poder Público desejar.^[1]

Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado poderá ser custeado por receitas gerais, proveniente dos impostos, gerando um ônus para toda a população, desde quem não utiliza o serviço posto à disposição até os usuários. Trata-se do princípio da solidariedade social. Em se tratando de serviço público específico e divisível, pode ocorrer por remuneração específica, no caso, as taxas.

A opção pela forma de prestação indireta pode advir de decisão política ou pela insuficiência de recursos estatais para financiar desde os estudos iniciais para a

implementação do serviço público até a prestação efetiva. Com a delegação do serviço ocorre a transferência dos custos para os usuários, os quais sustentarão o serviço através do preço público pago. Outra grande vantagem é importar da iniciativa privada as ideias de eficiência e concorrência, ambas benéficas para os utentes, na medida em que proporcionam uma melhor qualidade no serviço a um preço mais baixo.

Dentro da modalidade de prestação indireta temos a concessão de serviço público que é o instituto através do qual o Estado delega um serviço público a terceiros que o prestará em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições previamente fixadas, garantindo o equilíbrio – econômico financeiro, com a remuneração ocorrendo pela própria exploração do serviço, mediante tarifas. Se a delegação ocorrer internamente, no âmbito da própria Administração ocorre a descentralização por serviços, também chamada de outorga. Caso seja transferida a um particular a hipótese será de descentralização por colaboração.

A base legal das concessões é, também, o artigo 175 da Constituição Federal além da Lei 8987/95 e a Lei 9075/95. Também é possível aferir a natureza jurídica do instituto: é um contrato administrativo de caráter especial. O critério diferenciador dessa modalidade de contrato administrativo para os demais contratos de prestação de serviços, é que nestes a Administração paga um preço fixo ao particular; já nas concessões, a regra – ressalvados alguns casos específicos[2] – é a remuneração do particular através de tarifa paga por quem faz uso desses serviços: usuários ou utentes[3]. Esta tarifa consiste, consoante definição de José Cretella Júnior, na “quantia em dinheiro que os usuários são obrigados a pagar quando se utilizam dos serviços públicos[4]”.

O Estado tem a disponibilidade de escolher a forma como será prestado o serviço público para a coletividade. Pode optar pela prestação direta ou a indireta. Na direta, a Administração Pública fica responsável pela titularidade e prestação do serviço; já na indireta, mantém para si a titularidade do serviço público, delegando apenas a gestão para outro ente da administração (outorga ou delegação legal), ou a particulares (delegação negocial), que o prestará sob sua conta e risco. Com a delegação do serviço, surge a figura do Concessionário.

Tanto a delegação por serviços, quanto a por colaboração são enquadradas nas chamadas concessões comuns. Estas se dividem em concessões de serviços

públicos simples e as concessões de serviços públicos precedidas de execução de obra pública. Na grande maioria das vezes a contraprestação pecuniária advém unicamente das tarifas pagas pelos usuários, mesmo com a própria lei, em seu artigo 11º, trazer explicitamente a possibilidade de o edital de licitação prever outras fontes de receitas, com a finalidade de reduzir o impacto financeiro repassado ao usuário e manter o equilíbrio econômico financeiro. Na concessão comum, conforme disposição legal do art.2º, incisos II e III da Lei 8687, está assim definida:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;(grifos nossos)

através da Lei 11.079 de 2004, foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro as concessões especiais (*Parcerias Público – Privadas*). As concessões especiais também se agrupam em duas modalidades: 1ª) concessão patrocinada e 2ª) concessão administrativa. Nessas duas formas a remuneração do particular advém tanto de eventuais valores pagos pelos usuários do serviço, quanto de uma contrapartida pecuniária do poder concedente.^[5]

Ressalte – se não existir uma definição constitucional precisa do que realmente seria o instituto da concessão. O artigo 175 da Constituição Federal elenca princípios e diretrizes básicas. Um conceito, não suficiente para alguns

doutrinadores[6], apenas passou a existir no ordenamento jurídico com a edição da Lei 8987/1995.

O conceito legal de concessão é dotado de termos não integrantes da essência normativa, possuindo conteúdos meramente prescritivos[7], e que não são requisitos de existência, mas se referem apenas a procedimentos ou característica necessária ao concessionário. A obrigatoriedade da licitação, por exemplo, não é pressuposto para se caracterizar a delegação, mas requisito de validade para sua formação. Primeiro será analisado se é um serviço público possível de concessão, com a resposta positiva se procederá com licitação de acordo com comando legal.

O artigo 175 da Magna Carta, também elencou alguns princípios a serem observados na Lei. Os seus incisos trazem: 1º) obrigação de manter o serviço adequado; 2º) direitos dos usuários; 3º) política tarifária; 4º) forma de fiscalização da concessionária.

Prestação do serviço adequado está diretamente ligada à política tarifária, uma vez que no art. 6º, parágrafo 1º, o Estatuto das Concessões, ao definir serviço adequado afirma ser “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Sem uma política tarifária adequada garantidora do equilíbrio econômico-financeiro, evitando o enriquecimento substancial de uma das partes, não se consegue a modicidade das tarifas, afastando os usuários daquele serviço essencial, descumprindo, também, o dever de generalidade.

Não se pode deixar de lado o fato de ser o concessionário um particular e como tal visa a retirar os investimentos realizados para tornar viável a prestação do serviço, obter lucro e vantagens decorrentes do contrato. Assim, tem – se uma antítese no contrato de concessão de serviço público:

“de um lado, a idéia de que um serviço público deve funcionar no interesse geral e sob autoridade da administração” (...) “de outro, a ideia de que uma empresa capitalista executa o serviço visando tirar o máximo de proveito possível”[8].

Assim, são contrapostos os interesses dos concessionários – obter lucros – dos usuários – preços acessíveis – e do Estado – maior quantidade de pessoas usufruindo do serviço. Dessa forma, a tarifa deve ser fixada de maneira tal que garanta, ao mesmo tempo, o retorno financeiro satisfatório sobre o capital investido, um preço justo e que propicie o acesso amplo da população ao serviço. Nas palavras de Caio Tácito “devem (...) corresponder ao critério da razoabilidade, visando, de um lado, à defesa dos consumidores ou usuários, e, de outro, à estabilidade financeira das concessões^[9]”.

O ideal é a busca pela conciliação dos interesses da Administração, do concessionário do serviço e dos usuários, para nenhuma parte ser excessivamente favorecida em detrimento do equilíbrio contratual.

2. DOS REQUISITOS

2.1 A manutenção do serviço como público.

A concessão não modificará o regime jurídico da prestação do serviço, que continuará a ser regido pelas normas de Direito Público. Conquanto a lei 8987/95 disponha que o concessionário desempenhará os serviços “por sua conta e risco”, é essencial não olvidar que se trata de interesse público, sendo o particular mero gestor dos serviços concedidos, cuja titularidade continua a pertencer ao Estado. É entregue apenas a execução do serviço, sem garantir nenhum direito de propriedade ou titularidade sobre o serviço em si. Tanto é assim, que a qualquer momento, por motivo de interesse público, poderá o serviço ser encampado, nos termos do artigo 37 do Estatuto das Concessões. Inclusive, sendo prestado de forma inadequada, surge o poder – dever de rescindir o contrato, declarando a caducidade do serviço.

Como consequência de manter a titularidade do serviço, a Administração mantém o poder de direção e controle. Héctor Jorge Escola, citado por Di Pietro traz quatro aspectos decorrentes desse poder^[10]:

“Material: relativo à execução da atividade objeto do contrato

Técnico: referente a observância dos requisitos estabelecidos nos planos, cláusulas contratuais, especificações, regulamentos.

Financeiro: relação com a fixação da tarifa e verificação do equilíbrio econômico financeiro.

O legal: observância das normas legais e regulamentares.”

2.2 Necessidade de *prévia licitação*

O artigo 2º, II e III c/c o artigo 14 do Estatuto das Concessões exigem, para a delegação de Serviço Público, licitação prévia na modalidade concorrência. Este dispositivo visa a garantir primordialmente a moralidade administrativa e a impessoalidade, indispensáveis em todos os atos administrativos praticados, além dos demais princípios norteadores da Administração Pública: legalidade, publicidade, igualdade, julgamento por critérios objetivos e vinculação ao instrumento convocatório.

Os critérios elencados no artigo 15 da Lei devem ser observados, não podendo ser o julgamento realizado com base em outros fatores. O edital deve conter qual será o critério de julgamento a ser utilizado, garantindo a isonomia e um julgamento justo. Também é dada a faculdade, no artigo 18 – A da Lei das Concessões, para ocorrer a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

Importante ressaltar que, nos termos do artigo 15, parágrafo 3º da citada lei, a Administração Pública recusará as propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis. Aquelas são as propostas que, de forma evidente, não podem ser executadas. Exemplos são prazos impraticáveis e condições irrealizáveis; já estas são as propostas que as tarifas e as demais fontes de receitas são insuficientes para manter o necessário equilíbrio econômico financeiro do contrato[11].

2.3 Temporalidade na Prestação do Serviço.

Uma das características que distinguem o contrato de concessão dos demais é o tempo de sua duração. No caso das concessões de rodovia, a média é de 20(vinte) a 25(vinte e cinco) anos, entretanto ele possui termo final. É inconstitucional a delegação do serviço por período indeterminado. O artigo 2º, incisos II e III da Lei

8987/95 exige a prévia licitação na modalidade concorrência como pressuposto de validade do contrato administrativo. Caso ocorresse uma prestação sem termo final, outros eventuais interessados em contratar com a Administração Pública seriam prejudicados, ferindo princípios do Direito Administrativo pátrio. Privilegiar-se-ia um particular em detrimento dos demais, sendo possível, a caracterização de improbidade administrativa. Pode, inclusive, existir lesão ao direito dos usuários, uma vez que outro concessionário poderia prestar um serviço melhor tecnologicamente com a tarifa mais adequada.

Excepcionalmente o prazo para concessão poderá ser prorrogado, conforme artigo 23, XII do Estatuto das Concessões. Não poderá, contudo, ocorrer de forma arbitrária, devendo sempre a prorrogação ser devidamente motivada[12]. A Administração Pública se vincula a veracidade do motivo dado, de acordo com a teoria dos motivos determinantes. Sendo inverídico o motivo dado pela Administração Pública, deve ser decretada a nulidade da prorrogação e proceder à nova licitação.

Não existe comando legal determinando um prazo máximo na Lei 8987/95. Assim, deve – se apelar para a razoabilidade e proporcionalidade do Poder Concedente na fixação do período de duração do contrato. Serviços Públicos mais complexos, com um gasto financeiro vultoso, exigem um lastro de tempo mais elástico, para garantir o retorno do capital investido pelo prestador. Inexistindo a necessidade urgente de amortizar os investimentos realizados, o concessionário poderá praticar uma tarifa módica e que atenda as suas necessidades de lucro.

“O prazo da concessão de serviço público não pode ser livremente estipulado. Ele deve resultar de sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira. Deve ser estabelecido em função da equação econômica do contrato, que é composta de custos, mais lucro, mais amortização de investimentos menos receitas alternativas e acessórias. O prazo da concessão não deve ser superior nem inferior ao necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômica do contrato em sua totalidade[13]”.

2.4 Possibilidade de intervenção [\[14\]](#) por parte do Poder Concedente.

Pode, o poder concedente, intervir na administração gerencial da concessionária. A intervenção significa a

“ingerência direta do concedente na prestação do serviço delegado, em caráter de controle, com o fim de manter o serviço adequado a suas finalidades e para garantir o fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais da concessão” [\[15\]](#)

A Intervenção tem caráter temporário, não constitui medida punitiva e, para ser decretada, deve pautar – se na seguinte formalidade legal, sob pena de nulidade: decreto expedido pelo poder concedente, com a designação de interventor, prazo da intervenção, e os objetivos e limites da medida.

Após o decreto, deverá, no prazo de trinta dias, ser instaurado procedimento administrativo para apuração das responsabilidades pela prestação inadequada do serviço. As averiguações concluir – se – ão em, no máximo, 180 dias, não sendo cumprido tal prazo, será considerada inválida a intervenção, retornando a administração dos serviços ao concessionário.

Essa medida interventiva poderá levar a três conclusões: a) a inadequação do serviço, situação na qual deverá se decretar a caducidade da concessão, extinguido – a; b) aplicação de penalidade ou; c) caso nenhuma responsabilidade restar comprovada, deve o concessionário retornar a administração total dos serviços. Nesse último caso, pelo artigo 34 do Estatuto das Concessões, deverá ocorrer a prestação de contas por parte do interventor.

2.5 Formas de extinção contratual.

São sete as formas de extinção da concessão, elencadas na 8987/95, sendo três delas por ato unilateral do Poder Concedente (encampação, caducidade e anulação).

A primeira delas é com o advento do termo contratual. Conforme já mencionado, não é possível a existência de concessão de serviço público por tempo indeterminado, sempre sendo ajustada por prazo certo. Acabando o prazo será

retomada a titularidade da prestação do serviço por parte do poder concedente, sem necessidade de prévia notificação ou contrapartida pecuniária a título de indenização.

A segunda forma é a encampação, também chamada de resgate. Descrita no artigo 37 do Estatuto das Concessões, é a retomada do serviço por motivo de interesse público, após prévio pagamento de indenização.

Não se trata de descumprimento de cláusulas contratuais, mas sim de oportunidade e conveniência da Administração Pública. Entendendo não mais ser necessária a prestação daquele serviço pela forma indireta, ou ainda existindo uma forma mais adequada de prestação, com tecnologia mais avançada, ela retoma o serviço para si, devendo a concessionária ser indenizada, na medida em que a antecipação do termo final do contrato ocorreu sem culpa por parte do concessionário. Pelo Estatuto das concessões, apenas as verbas não amortizadas e os bens reversíveis deverão ser indenizados, entretanto “é óbvio e de cristalina obviedade que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes.^[16]”

A caducidade é a modalidade descrita no artigo 38 da lei das concessões. Difere do Resgate por ocorrer rescisão em decorrência da inadimplência contratual total ou parcial, por parte do concessionário, observada após prévio processo administrativo. O motivo é vinculado aos casos dos incisos I a VII, parágrafo 1º do artigo citado.

Observado o descumprimento contratual, a rescisão não ocorre de forma automática, primeiramente deve ser informado ao concessionário quais são as falhas no serviço, sendo dado um prazo para a correção da irregularidade e, apenas persistindo, será declarada a caducidade por decreto do poder concedente.

Via de regra, não cabe qualquer direito à compensação pecuniária, apenas as dos bens reversíveis necessários para garantir a continuidade do serviço por parte do Poder Público e das verbas não amortizadas.

A anulação ocorre quando existe vício de legalidade na outorga. Não existindo má-fé, caberá indenização pelas verbas não amortizadas.^[17]

A extinção do Inciso IV, Rescisão, é de iniciativa do concessionário. Caso a Administração Pública descumpra normas contratuais, surge o direito de judicialmente (e apenas judicialmente) o prestador de serviços pedir a rescisão. Não ocorre administrativamente. Sentindo – se lesado, a lei permite a rescisão judicial do contrato, continuando o serviço a ser prestado de maneira regular. É o princípio da continuidade da prestação do serviço.

O concessionário, apenas nos casos do artigo 6º, parágrafo 3º da Lei 8987/95 pode interromper a prestação do serviço, sem caracterizar o descumprimento contratual de sua parte. São os casos de inadimplemento do usuário e por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações.

A forma prevista no artigo 35, IV é a falência. Sustenta - se no fato dos contratos administrativos possuírem natureza personalíssima. Conteúdo semelhante é o do artigo 195 da Lei de Falências e Recuperação Judicial: “a decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica a extinção da concessão, na forma da lei”. Ressalte – se que o mero pedido de recuperação judicial não é suficiente para justificar a extinção do contrato[18].

Com o desaparecimento do concessionário também fica inviável garantir a continuidade do serviço público. Assim, não mais existindo a pessoa jurídica contratada, perde – se o vínculo contratual.

Alguns doutrinadores[19] ainda acrescentam, mesmo sem previsão expressa na lei 8987/95, a possibilidade de Extinção por ato conjunto das partes. É o distrato amigável. O acordo é realizado pela Administração Pública concedente e o concessionário e encerra a delegação antes do termo final. A primeira justificativa apresentada é: quem pode o mais, pode o menos. Se a Administração Pública pode ser poupada de um processo judicial em que ocorrerá um gasto financeiro, por que não permitir a rescisão amigável?

Outro forte indício da possibilidade de acordo amigável para por fim ao contrato é o fato de a Lei, quando falou na possibilidade de rescisão, não deixou clara ser a rescisão judicial a única forma admitida. Assim, somando – se este dispositivo legal, com a faculdade dada para escolher a arbitragem como esfera responsável pela solução dos conflitos contratuais existentes, imperiosa a conclusão pela possibilidade dessa modalidade de extinção contratual.

2.6 A reversão dos Bens.

Reversão é a transferência dos bens afetados na prestação do serviço para poder concedente, com o fim de garantir a continuidade. Os usuários não podem ser prejudicados pela paralisação do serviço público de maneira brusca e repentina, sob pena de violação do princípio da continuidade.

Dessa forma, a reversão é consequência natural da extinção da concessão, e não outra modalidade^[20].

Os equipamentos empregados na prestação, findo o prazo da concessão possuirão pouco ou nenhum valor econômico para o concessionário, enquanto que para o concedente eles são necessários para a continuidade da prestação. Assim, apenas os bens indispensáveis ao serviço poderão ser revertidos.

Importante olvidar que os valores investidos em equipamentos e ainda não amortizados deverão ser indenizados. O intuito real é evitar o sucateamento e a baixa qualidade do serviço público no último ano contratual, já que não existiria tempo hábil para retirar o capital investido naquele momento sem elevar consideravelmente o valor da tarifa paga pelos utentes.

3. BIGLIOGRAFIA UTILIZADA

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Disponível em: . Acesso em: 02 agosto, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que em casos incomuns a remuneração do concessionário não se faz por tarifa, mas através de outras formas decorrentes da exploração do próprio serviço, como na concessão de serviços de radio e televisão aberta, em que este é custeado e remunerado por anúncios publicitários.

[1] JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 377.

Idem Ibidem, p. 378.

FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2012. Página 364

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Disponível em: . Acessado em 27 de Fevereiro de 2014

JUSTEN FILHO, Marçal. **As diversas Configurações da concessão de serviço público**. Disponível em <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf> . Acesso em: 12 de fevereiro de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Editora Atlas, 2012, 9ª edição, página 99.

TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**. *Apud* MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. Cit. Página 85

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10ª edição. Revisada e Atualizada – São Paulo: Saraiva, 2005. Página. 351

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2ª edição. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002, página 88.

CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. *Idem* Ibidem 86.

Artigo 32 da lei 8987/95

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* Página 401

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ob. Cit.* Página 765.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. Cit.* Página 119

GASPARINI. Diógenes. *Ob. Cit.* Página 371.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. Cit.* Página 769.

NOTAS:

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590612>

[1] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Disponível em: . Acesso em: 02 agosto, 2013.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que em casos incomuns a remuneração do concessionário não se faz por tarifa, mas através de outras formas decorrentes da exploração do próprio serviço, como na concessão de serviços de radio e televisão aberta, em que este é custeado e remunerado por anúncios publicitários.

[3] JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 377.

[4] Idem Ibidem, p. 378.

[5] FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2012. Página 364

[6] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Disponível em: . Acessado em 27 de Fevereiro de 2014

[7] JUSTEN FILHO, Marçal. **As diversas Configurações da concessão de serviço público**. Disponível em <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf> . Acesso em: 12 de fevereiro de 2014.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Editora Atlas, 2012, 9ª edição, página 99.

[9] TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**. *Apud* MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. Cit. Página 85

[11] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10ª edição. Revisada e Atualizada – São Paulo: Saraiva, 2005. Página. 351

[12] AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2ª edição. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002, página 88.

[13] CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. Idem Ibidem 86.

[14] Artigo 32 da lei 8987/95

[15] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit. Página 401

[16] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. Cit. Página 765.

[17] Entendimento partilhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello. Hely Lopes Meirelles discorda: “(...) a anulação pressupõe um contrato *ilegal, embora esteja sendo regularmente executado*. Daí por que a anulação não impõe indenização alguma e produz efeitos *ex tunc*, retroagindo às origens da concessão, e as demais formas de extinção podem eventualmente obrigar o concedente a indenizar e só atuam dali para diante, *ex nunc*. LOPES MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª Edição. Página 381. Editora Malheiros.

[18] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. Cit. Página 119

[19] GASPARINI. Diógenes. Ob. Cit. Página 371.

[20] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Ob. Cit. Página 769. Hely Lopes Meirelles entende a reversão como uma outra maneira de se chamar a extinção por Advento do Termo Contratual, contudo faz a ressalva de ser tal entendimento minoritário. Ob. Cit. Página 379

COFINS E PIS E A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS DAS EMPRESAS DO SETOR SERVIÇOS APÓS DECISÃO DOS INSUMOS NO STJ

ROBERTO RODRIGUES DE MORAIS:
Especialista em Direito Tributário. Ex-Consultor da COAD.

É sabido que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), através de sua 1ª Seção, julgou procedente o pleito dos contribuintes no que se refere ao conceito de insumos para fins de creditamento da COFINS e do PIS no sistema não cumulativo, gerando possibilidade de se buscar, via judicial, a recuperação dos valores recolhidos indevidamente nos últimos 5 anos.

Vamos abordar nesse texto como a referida decisão vem beneficiar o setor de prestação de serviços.

Ao adequarem ao sistema não cumulativo as empresas do setor de serviços foram as mais penalizadas, quando obrigadas a abandonar o sistema vigente anteriormente, especialmente as de ASSEIO E CONSERVAÇÃO e as do setor de RH/Mão de Obra Temporária.

Embora estejam entre os setores da economia nacional que mais empregaram ainda não tem organização política e apoio parlamentar idêntico aos setores como o financeiro, industrial, agronegócio e ensino superior privado.

A luta do setor pela desoneração da folha, desde 2005 e pela desoneração da COFINS e do PIS é antiga, embora não encontraram respaldo tanto no Congresso Nacional como nas equipes econômicas dos governos PSDB, PT e agora PMDB.

E muitos empresários foram induzidos a migrarem para o setor, na segunda metade da década de 90, quando era comum o uso pelos donos do poder das “bravatas” ou palavras mágicas para convencerem ao país de que a terceirização era a solução para todos os nossos problemas econômicos e de gestão, fórmula repetida pela palavra “privatização”, ambas, tão populares na grande mídia, seja nos noticiários ou nos programas de debates.

Os grandes problemas enfrentados pelo setor de serviços, desde o seu enquadramento no regime não cumulativo da COFINS e do PIS já foram comentados em textos anteriores como:

- a) Criação de sistema NOVO baseado no princípio de BASE X BASE enquanto a gestão tributária, tanto empresarial, profissional e do governo estavam habituados ao sistema crédito x crédito;
- b) As mudanças no PIS, na gestão FHC, e na COFINS, gestão LULA, foram produzidas pelo mesmo modelo novo e com uma falha grave: Não se criou a escrituração fiscal – como no ICMS e IPI – com os livros de entrada, saída e apuração. Somente recentemente criaram o EFD-PIS/COFINS que já teve o nome alterado para EFD- Contribuições.
- c) As duas leis que introduziram o novo sistema LISTARAM quais INSUMOS dariam direito ao crédito, e, feitas nos Gabinetes do Executivo e Legislativo (sem consultar os Contabilistas e os gestores tributários), utilizaram a filosofia de insumos contidas na legislação do IPI, modelo onde há mais restrições ao aproveitamento de créditos dos insumos, além do que desde o Governo Figueiredo (por Decreto do então Vice que o substituiu quando de sua cirurgia cardíaca no EUA) deu início à política de criar alíquota ZERO para alguns produtos, começando por 4.000 produtos da TIPI no primeiro ato, modelo que veio sendo aumentado a cada Governo.
- d) A opção pelo conceito de INSUMO contido na Legislação do IRPJ seria mais justa – mas não o ideal – por ser mais abrangente – e já vem desde o final da década de 1970 sendo trabalhados pelos contabilistas, gestores tributários, Receita Federal e já com experiências acumuladas em sua utilização.
- e) Entretanto, o modelo ideal para o sistema não cumulativo não é o do IPI nem do IRPJ, uma vez que o sistema BASE X BASE parte do princípio de que TUDO QUE SE GASTA PARA PRODUZIR A RIQUEZA a ser VENDIDA pela empresa, seja indústria, serviço ou comércio, GERA CRÉDITO, da mesma forma que tudo que VENDE gera débito, salvo os produtos enquadrados no sistema monofásico.

Surgiram então as grandes demandas na Justiça Federal que, a partir de 2012, começaram a serem decididas pelos Tribunais Superiores (STJ e STF), com vitórias dos contribuintes e, em alguns casos, a própria CSRF do CARF/MF já decidiu no mesmo sentido, culminando com a recente decisão da 1ª Seção do STJ sobre o conceito de insumos, com reflexos imediatos e possibilidade de recuperação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 anos.

Por outro lado o Governo viu o tamanho da confusão que criou e divulgou que pretende unificar a COFINS e o PIS numa única contribuição, monofásica, cuja decisão legal está em estudos desde 2013, até agora sem efeito prático, e informou que deverá ter um “esqueleto” em aberto de créditos dos contribuintes na ordem de 236 bilhões de reais com a decisão do STJ.

COMO RECUPERAR COFINS E PIS NÃO CUMULATIVOS DO SETOR DE SERVIÇOS NOS ÚLTIMOS CINCO ANOS? Como trazer esses 236 bilhões citados pelo governo para a conta bancária das empresas?

Não é difícil, contudo trabalhoso (quem já fez sabe do que estamos falando) e os materiais fornecidos pelo Prof. Paulo Henrique Teixeira já citados nas Bibliografias dos textos anteriores dão dicas práticas para cada setor, logicamente que as pessoas ao aventurarem pela revisão sugerida deverão consultar o farto material citado por nós nos outros artigos e listado abaixo que, seguramente, passam de 11.000 páginas.

No caso do setor de serviços vamos às específicas para aquele citado no título do texto, sempre considerando a atual interpretação do conceito de INSUMOS dada tanto pelo CARF como pelos TRF's (cinco) de todo o país:

- “Aproveitamento de Créditos relativos a fretes terceirizados ou frota própria (combustível, lubrificantes, peças, pneus, insumos dos últimos 05 anos);
- Custos com manutenção e guarda das instalações da prestação de serviços, conforme art. 13 e 14 do Decreto-Lei 1.598/77;
- Custos com manutenção e reparo e os encargos de depreciação dos bens aplicados na prestação de serviços;
- Aquisição de partes e peças de reposição e serviços de manutenção de máquinas e equipamentos;
- Tratamento afluentes;
- Remoção de lixo;
- Vestimentas;
- Manutenção de máquinas e equipamentos, combustíveis (óleo diesel e gás GLP) utilizados como insumos, os resíduos de madeira, palets, estrados, ripas;
- Etiquetas empregados no processo de prestação de serviços;
- Folders e material gráfico (manual, garantia, etc.) que acompanhem o produto em sua embalagem;

- Ferramentas utilizadas no processo produtivo;
- Refeição e transporte de funcionários ligados à prestação de serviços;
- Mão-de-obra terceirizada aplicada na prestação de serviços
- Créditos de máquinas, veículos e equipamentos utilizados na prestação de serviços em 12 meses ou integralmente;
- Crédito de construções e benfeitorias em 24 meses;
- Limpeza e manutenção das máquinas, equipamentos e construções utilizadas na prestação de serviços;

- Fretes entre estabelecimentos do mesmo contribuinte – destinados à venda;
- Gás (GLP) usado em empilhadeira e o lubrificante para máquinas porque estes equipamentos (máquinas e empilhadeira) são usados no processo;
- Custos de telecomunicações e sistemas de informática utilizados no processo de prestação de serviços;
- Recuperação e Compensação dos Créditos dos últimos 05 anos sem utilizar a PERDCOMP diretamente via DACON;
- Aproveitamento dos últimos 05 anos de créditos dos custos com veículos de frota própria relacionados no transporte: combustível e peças utilizados no serviço de entrega de mercadorias;
- Aproveitamento de Créditos relacionados aos Centros de Distribuições e Logística dos últimos 05 anos;
- Créditos extemporâneos relativos a vestimentas, EPIs exigidos pela lei dos últimos 05 anos;
- Créditos de optantes do Simples Nacional;
- Procedimentos para recuperação via DACON sem utilizar a PERDCOMP
- Com isso, mediante os créditos legítimos do último quinquênio visando minimizar o aumento do custo do PIS e COFINS
- Organizar o presente e recuperar o passado” (1).

O pacote de material sobre COFINS e PIS de fácil acesso e que todos os gestores fiscais, contadores e estudiosos do tema deveriam ter em mãos é composto de:

Consolidação da legislação da COFINS e do PIS, contendo 1.246 páginas, disponível no site da Receita Federal do Brasil; Basta baixar em PDF e imprimir (4 brochuras grandes).

Dentre tantos bons textos esclarecedores, dois livros existentes no mercado merecem citação:

1) COFINS e PIS comentado, com 1.616 pgs., da APET (venda pelo site e livrarias) e a Fiscosoft também tem um grande e volumoso livro sobre o tema, disponível em seu site; e

2) ACÓRDÃOS do CARF, 640 pgs. e já saiu o 2º Volume, ambos da APET (ver site).

c) As instruções de preenchimento da PER/DComp, extraída de programa da RFB, com mais de 500 pgs., bastando abrir o programa, clicar em ajuda e tudo que aparecer com pastas ou arquivos, clicar à esquerda em + e imprimir;

d) Existem também vários julgados que forma a Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais sobre o tema – que podem ser acessados virtualmente. Não contamos quantos acórdãos estão disponíveis no sistema, que envolve os cinco TRF's, o STJ e o STF. Já citamos e mostramos as Ementas em artigos anteriores.

e) Consultando o site da RFB, onde encontro, Solução de Consulta, colocando-se a palavra COFINS, desde 2003 até agora, foi possível encontrar cadastrados (Documentos: 1 - 20 de 4720), ou seja, 5.000 soluções de consultas. Teríamos de abrir cada uma das 5 MIL soluções de consultadas cadastradas para nos assegurar da posição da RFB em relação a cada particularidade dos direitos e deveres dos contribuintes em relação ao creditamento ou não da COFINS, no regime não cumulativo ou as demais teses que cada gestor tributário enfrenta no seu dia a dia.

Isto tudo nos leva a asseverar que, sem ler, entender, compreender e filtrar mais de 11.000 páginas os operadores do sistema PIS/COFINS (contabilistas, advogados, administradores, chefe dos setores fiscais, e os próprios técnicos da RFB e sua PGFN) não consegue estar seguros de que estão aplicando corretamente a legislação tributária concernente à espécie.

Data vênia, o sistema COFINS/PIS se tornou uma loucura e a simplificação, prometida para meados de 2013, mas já adiado para 2014, virá com 11 anos de atraso.

A importância da decisão da 1ª Seção do STJ tem duas vertentes:

Poderá ser criada, no futuro, **SÚMULA VINCULANTE** do CARF para uniformizar e padronizar não somente as decisões dos julgamentos pendentes como também os futuros recursos voluntários ou de ofício que chegaram àquele órgão do MF.

Enquanto a **SÚMULA VINCULANTE** não vem, todas as empresas que entenderam que estão apurando, declarando e pagamento COFINS e PIS à maior, decorrente do cipoal de textos que regem a matéria, poderão contratar assessorias especializadas para **REVISAREM** todo o sistema de apuração aplicado nos últimos cinco anos, podendo apurar **CRÉDITOS** a serem utilizados imediatamente.

A tendência natural da RFB será, por enquanto, a glosa de créditos e lavraturas de autos de inflação (caso optem por retificações das DCTF's e DACON's, com automáticas compensações com as próprias contribuições vincendas) ou **NÃO HOMOLOGAREM** as PER/DComp's, que exigirão **RECLAMAÇÕES** dos contribuintes junto aos respectivos órgãos da RFB e, se negadas, a interposição dos cabíveis recursos voluntários ao CARF, onde sairão vitoriosos.

Segundo cálculos do Governo – inseridos na notícia já citada acima – “outra questão, mais difícil de contornar, é o impacto fiscal da mudança. Estimativas apontam que o governo pode criar uma conta de crédito tributário de R\$ 30 bilhões caso adotasse, por exemplo, uma alíquota única.” Ora, se 30 bilhões de reais seria problema para o Governo Federal, contumaz em bater – a cada ano – recordes de arrecadação tributária e com índices de crescimento acima da inflação, **COMO ESTÃO AS EMPRESAS** que foram **ESTORQUIDAS**, injustamente, pelo órgão federal tributante, com seus **CAIXAS** necessitando dessa quantia e que, pela ausência dos recursos indevidamente “desviados” de seus ativos financeiros, ficaram sujeitas a irem buscá-los no mercado financeiro, com taxas de juros que somente aos bancos tupiniquins são permitidas serem cobradas?

O importante no momento é como transformar os citados 30 bilhões de reais em créditos para os contribuintes?

Já analisamos cada situação, em textos anteriores e não vamos alongar aqui, baseado nos estudos e informações contidos em toda a bibliografia citada no final, especialmente a sugerida pelo Professor Paulo Henrique Teixeira, resumidamente e pode ser vista na nota ao final do texto:

Formas de compensação:

- retificação DACON
- retificação DACON e DCFT
- utilização ou não da PERDCOMP
- imediato, somente após decisão administrativa ou judicial, perdcamp, ficha gráfica, restituição

O resumo acima é aplicável aos setores empresariais que vêm sendo EXTOQUIDOS pelo maléfico sistema PIS/CONFIS não cumulativo para AGIREM, imediatamente, buscando assessorias e consultorias tributárias especializadas em RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS decorrente dos recolhimentos indevidos, nos últimos cinco anos, tomarem a coragem e atitude visando buscarem e REAVER o que lhes foi injusta e ilegalmente tirado de seus cofres, gerando fluxo de caixa imediato para investir ainda em 2013 para tentar aproveitar a “onda de crescimento” que o Governo vem anunciado que acontecerá já a partir deste ano.

Mas é preciso cuidado nas escolhas das pessoas qualificadas para revisar o que foi feito nos últimos CINCO anos, assim como saber a melhor estratégia para apresentar seus créditos junto aos órgãos gestores da RFB, uma vez que a RFB sempre ameaça aplicar pesadas multas sobre uso indevido no creditamento via PER/DComp. O que sugerimos aos contribuintes que procurem, na dúvida, assessoria especializada e terceirizada para uma revisão geral em sua escrita contábil e fiscal, para acertar o foco das contribuições realmente devidas ao COFINS e ao PIS. A regulamentação das compensações dos créditos apurados, inclusive com débitos de contribuições previdenciárias, teve atualização no final de 2017 pela RFB, através da já cita IN de nº 1.717/2017 - RFB.

CONCLUINDO, na realidade, o que se viu desde 2002 foi a insegurança da maioria dos empresários em revisarem seu sistema de apuração da COFINS e do PIS, que vem lhe acarretando prejuízos, não somente pela prescrição a cada mês inerte diante do quadro aqui demonstrado, mas a perda do poder de compra da moeda, embora pequena, ainda está sendo corroída pela inflação. É difícil operar

um sistema composto de mais de CINCO mil páginas entre regulamentação, resposta de consultas, orientações e jurisprudência.

Entretanto, feita a revisão no sistema de apuração COFINS/PIS, se encontrar débitos, usa-se a denúncia espontânea como forma menos onerosa de regularizar a situação e se apurar créditos, existem várias hipóteses de serem transformados em melhora do fluxo de caixa imediatamente, que já mostramos como fazer o operacional no RESUMO acima. É preciso fazer prevalecer os direitos dos Contribuintes!

Para tanto se faz necessário interromper o círculo vicioso de tributar para mais a COFINS e o PIS que, juntamente com a recuperação do que foi pago indevidamente e a maior nos últimos cinco anos e com compensação imediata, certamente vai melhorar a competitividade de nossas empresas face ao mercado global. É preciso agir imediatamente para RECUPERAR VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS e acreditar, mais uma vez, que a promessa da Presidenta NÃO SEJA MAIS UMA das tiradas eleitoreiras (pensando em 2018), tão comum nos Governantes Federais que vieram pós CF/1988

Diante de tudo do que foi exposto podemos concluir que os contribuintes fiquem inertes e que não revisarem sua metodologia de apuração dos créditos das referidas contribuições, no sentido de adequarem ao atual posicionamento jurisprudencial certamente estarão perdendo competitividade no mercado (altamente competitivo como o brasileiro), frente às empresas que adotam a revisão periódica de suas apurações fiscais e, por conseguinte, identificam possíveis reduções da carga tributária, não somente no que concernem a recuperar o indevidamente pago nos últimos CINCO anos como também se planejando para o futuro, cuja consequência imediata é um retorno financeiro para as empresas que agirem rápido.

Finalmente, lembramos que os CRÉDITOS APURADOS podem ser compensados com todos os tributos e/contribuições administrados pela RFB.

BIBLIOGRAFIA:

(A) BALEEIRO, Aliomar, Comentários ao Código Tributário Nacional.

- (B) BERGAMINI, ALBERTO e PEIXOTO, MARCELO MAGALHÃES (Coordenadores) COFINS e PIS comentado, com 1.616 pgs, MP EDITORA, SP, 2ª Edição, 2112.
- (C) BERGAMINI, ALBERTO e vários outros autores renomados, ACÓRDÃOS do CARF, 640 pgs. MP EDITORA, SP. 2012.
- (D) COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Não cumulatividade tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). Não cumulatividade tributária. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2009. cap. 14, p. 449-482.
- (E) COIMBRA, J. R. Feijó, DEFESAS FISCAIS, Doutrina, Legislação e Jurisprudência, Ed. Hemus Editora Ltda.
- (F) COIMBRA, Feijó, A DEFESA DO CONTRIBUINTE na Área Administrativa e Judicial, Editora Destaque.
- (G) MORAIS, Roberto Rodrigues, REDUZA DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS, on-line, MAPH EDITORA, Curitiba-PR (aspectos decadência/prescrição, prescrição intercorrente, exclusão de nome dos sócios das CDA's, e temas afins). http://www.maph.com.br/product_info.php?cPath=2&products_id=56
- (H) PAULSEN, Leandro – Direito Tributário, 18ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2017.
- (I) PAULSEN, Leandro - [Direito Tributário - Constituição e Código Tributário - 17ª Ed. 2015](#)
- (J) TEIXEIRA, Paulo Henrique, *Créditos do PIS e COFINS*, on-line, Portal Tributário, 2012.
- (K) VIEIRA, Salomão, DEFESAS FISCAIS no Administrativo e Judiciário, VELLENICh Editora.

NOTA: (1) Extraídas do anúncio do Curso Apostilado - Planejamento Tributário - PIS e COFINS – Setor de Serviços – do Portal de Auditoria. <http://www.valortributario.com.br> – disponível em Curso, material on-line, ambos de autoria do Professor, Paulo Henrique Teixeira.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

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

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo um estudo da Organização das Nações Unidas, estrutura, funcionamento, objetivos, desafios, a sua finalidade é manter a paz e a segurança internacional, bem como desenvolver a cooperação entre os povos. Busca solucionar os problemas sociais, humanitários, culturais e econômicos, promovendo o respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos.

Palavras-chave: ONU; desafios; importância; paz; segurança internacional.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the United Nations Organization, structure, operation, objectives, challenges, its purpose is to maintain international peace and security, as well as to develop cooperation among peoples. It seeks to solve social, humanitarian, cultural and economic problems by promoting respect for fundamental freedoms and human rights.

Keywords: UN, challenges, importance, peace, international security.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo un estudio de la Organización de las Naciones Unidas, estructura, funcionamiento, objetivos, desafíos, su finalidad es mantener la paz y la seguridad internacional, así como desarrollar la cooperación entre los pueblos. Busca solucionar los problemas sociales, humanitarios, culturales y económicos, promoviendo el respeto a las libertades fundamentales ya los derechos humanos.

Palabras clave: ONU, desafios, importância, paz, seguridad internacional.

1 INTRODUÇÃO

Organização das Nações Unidas (ONU), ou simplesmente Nações Unidas, é uma organização intergovernamental criada para promover a cooperação

internacional. Uma substituição à Liga das Nações, a organização foi estabelecida em 24 de outubro de 1945, após o término da Segunda Guerra Mundial, com a intenção de impedir outro conflito como aquele. Na altura de sua fundação, a ONU tinha 51 estados-membros; hoje são 193. A sua sede está localizada em Manhattan, Nova York, e possui extraterritorialidade. Outros escritórios situam-se em Genebra, Nairóbi e Viena. A organização é financiada com contribuições avaliadas e voluntárias dos países-membros. Os seus objetivos incluem manter a segurança e a paz mundial, promover os direitos humanos, auxiliar no desenvolvimento econômico e no progresso social, proteger o meio ambiente e prover ajuda humanitária em casos de fome, desastres naturais e conflitos armados.

Durante a Segunda Guerra, o presidente estadunidense, Franklin D. Roosevelt, começou a discutir a criação de uma agência que sucederia a Liga das Nações, e a Carta das Nações Unidas foi elaborada em uma conferência em abril-junho de 1945; a carta entrou em vigor a 24 de outubro de 1945, e a ONU começou a operar. A sua missão de promover a paz foi complicada nas suas primeiras décadas de existência, por culpa da Guerra Fria, entre Estados Unidos, União Soviética e seus respectivos aliados. Teve participação em ações importantes na Coreia e no Congo-Léopoldville, além de ter aprovado a criação do estado de Israel em 1947.

O número de integrantes cresceu bastante após o grande processo de descolonização na década de 1960, ocorrido principalmente na África, na Ásia e na Oceania, e, na década seguinte, seu orçamento para programas de desenvolvimento social e econômico ultrapassou em muitos seus gastos com a manutenção da paz. Após o término da Guerra Fria, a ONU assumiu as principais missões militares e de paz ao redor do globo, com diferentes níveis de sucesso. A organização foi laureada com o Nobel da Paz em 2001, e alguns de seus oficiais e agências também ganharam o prêmio. Outras avaliações da eficácia da ONU são mistas. Alguns analistas afirmam que as Nações Unidas são uma força importante no que tange manter a paz e o estimular o desenvolvimento humano, enquanto outros adjetivam-na de ineficiente, corrupta ou tendenciosa.

Seis órgãos principais compõem as Nações Unidas: a Assembleia Geral (assembleia deliberativa principal); o Conselho de Segurança (para decidir determinadas resoluções de paz e segurança); o Conselho Econômico e Social (para auxiliar na promoção da cooperação econômica e social internacional e

desenvolvimento); o Conselho de Direitos Humanos (para promover e fiscalizar a proteção dos direitos humanos e propor tratados internacionais sobre esse tema); o Secretariado (para fornecimento de estudos, informações e facilidades necessárias para a ONU) e o Tribunal Internacional de Justiça (o órgão judicial principal). Além desses, há órgãos complementares de todas as outras agências do Sistema das Nações Unidas, como a Organização Mundial de Saúde (OMS), o Programa Alimentar Mundial (PAM) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). O cargo mais alto ocupado na ONU é o de secretário-geral, ocupado por António Guterres desde 2017.

2 DESENVOLVIMENTO

A Liga das Nações foi criada pelo Tratado de Versalhes ao fim da Primeira Guerra Mundial.

Seu principal objetivo era servir de espaço para discussões entre as nações e assim evitar guerras. Sua sede ficava em Genebra, Suíça.

A Liga das Nações terminou em 1942, porém em 1946 passou todas as suas atribuições para a recém-criada Organização das Nações Unidas.

Quando a Primeira Guerra Mundial terminou, as nações vitoriosas se reuniram em Versalhes, França, para discutir sobre várias questões como indenizações e fronteiras.

O Presidente americano Woodrow Wilson propõe ao Congresso do seu país a criação de um fórum internacional. O objetivo principal dessa instituição seria resolver os atritos entre países através da diplomacia e não da guerra.

Este projeto de lei ficou conhecido como os “14 pontos de Wilson” e foram aceitas e incorporadas ao Tratado de Versalhes.

Os primeiros membros da Liga das Nações foram os países vitoriosos da Primeira Guerra Mundial como França, Holanda e Bélgica.

O presidente Wilson, por sua vez, não obteve a aprovação do Senado americano para entrar na Liga das Nações. Deste modo, o criador ficou de fora da instituição que ajudara a planejar.

O órgão principal da Liga das Nações era o Conselho da Liga formado por sete membros. Dele participavam quatro membros permanentes: França, Inglaterra, Itália e Japão. Por outro lado, três países eram eleitos para ocupar os assentos temporários por três anos.

A princípio, países como Alemanha e Turquia são proibidos de participar do organismo. No entanto, em 1926, a Alemanha se incorpora à Liga das Nações e a Turquia o faz em 1932.

Também a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) não entram na Liga num primeiro momento. Em 1934, Stálin decide participar da instituição como um gesto de boa vontade ao Ocidente.

O Brasil foi por muito tempo o único país americano com assento no Conselho da Liga. Como não havia regras definidas para a ocupação dos assentos temporários, o Brasil passou a ser anualmente reeleito para o Conselho.

No entanto, ao ser o único representante do continente americano, o governo brasileiro achava que deveria ter mais prestígio. Assim começa a campanha por obter um assento permanente no Conselho da Liga. Isto se transformou na meta diplomática fundamental do governo Arthur Bernardes (1922-1926).

A ONU – Organização das Nações Unidas surgiu no fim da Segunda Guerra Mundial para substituir a Liga das Nações, que foi criada em 1919 depois da Primeira Grande Guerra.

O nome Nações Unidas foi concebido por Franklin Delano Roosevelt, presidente dos Estados Unidos, na época da elaboração da Declaração das Nações Unidas em primeiro de janeiro de 1942, durante a Segunda Guerra Mundial. Na ocasião, representantes de 26 países estabeleceram o compromisso de lutar juntos contra as potências do Eixo, formado por Alemanha, Itália e Japão.

A primeira carta da organização foi assinada por 50 países, em 26 de junho de 1945, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional. O evento foi realizado de 25 de abril a 26 de junho, em São Francisco, nos Estados Unidos. A Polônia, que não teve representante na conferência, assinou a declaração mais tarde e se tornou o 51º Estado fundador da ONU.

Para elaborar um documento, os delegados se basearam em propostas formuladas por representantes da China, dos Estados Unidos, do Reino Unido e da União Soviética, apresentadas em Dumbarton Oaks, de agosto a outubro de 1944.

Mas, oficialmente, a Organização das Nações Unidas passou a existir a partir de 24 de outubro de 1945, quando a carta foi ratificada pela China, Estados Unidos, França, Reino Unido, União Soviética e pela maioria dos países membros-fundadores. Nesta data comemora-se o Dia das Nações Unidas.

Fundada por 51 países, entre eles o Brasil, a ONU, hoje, conta com mais de 180 países membros. Apesar do prédio das Nações Unidas está em Nova York, a ONU é território internacional.

A missão da ONU é fomentar a paz entre as nações, cooperar com o desenvolvimento sustentável, monitorar o cumprimento dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais e organizar reuniões e conferências em prol desses objetivos.

O sistema ONU é complexo. Conta com Organismos, possui quinze agências especializadas. Elas atuam em áreas como saúde, finanças, agricultura, aviação civil e telecomunicações, entre outras. Elas são entidades independentes vinculadas às Nações Unidas por acordos especiais. As agências se reportam ao Conselho Econômico e Social ou à Assembleia Geral.

AIEA Agência Internacional de Energia Atômica

Bird Banco Mundial

FAO Organização das Naciones Unidas para a Agricultura e a Alimentação

Fida Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola

FMI Fundo Monetário Internacional

Icao Organização de Aviação Civil Internacional

OIT Organização Internacional do Trabalho

OMI Organização Marítima Internacional

OMM Organização Meteorológica Mundial

OMPI Organização Mundial da Propriedade Intelectual

OMS Organização Mundial de Saúde

UIT União Internacional de Telecomunicações

Unesco Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

Unido Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial

UPU União Postal Universal

A Assembleia Geral é o órgão principal da ONU e tem caráter deliberativo, nela estão representados todos os países membros, cada um com direito a um voto. O dia das Nações Unidas se celebra no 24 de outubro.

A ONU, é ainda hoje o principal organismo internacional e visa essencialmente:

Preservar a paz e a segurança mundial;

Estimular a cooperação internacional na área econômica, social, cultural e humanitária;

Promover a respeito às liberdades individuais e aos direitos humanos.

Os seis principais órgãos da ONU são:

a) Conselho de Segurança

Tem quinze membros, dos quais cinco — China, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha e União Soviética — são permanentes e dotados do poder de veto, isto é, qualquer uma dessas potências tem direito a bloquear uma decisão do Conselho. Os dez membros não permanentes são eleitos pela Assembleia Geral por um período de dois anos.

b) Assembleia Geral

O principal corpo deliberativo, reúne todos os países-membros, com direito a um voto cada. Suas sessões regulares são convocadas anualmente, em setembro, mas podem ser realizadas outras, especiais ou de emergência.

c) Conselho de Tutela

Controla os territórios colocados sob tutela da ONU. Em 1982 restava apenas o Território das Ilhas do Pacífico nessas condições.

d) Secretariado

As funções administrativas da ONU são desempenhadas pelo Secretariado Geral, dirigido pelo mais alto funcionário da organização, o secretário geral, eleito pela Assembleia Geral por cinco anos, com direito a reeleição.

e) Corte Internacional de Justiça

Principal órgão jurídico da ONU, julga as disputas que surgem entre os países. Compõe-se de quinze juízes, de diferentes nacionalidades, eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança, para um período de nove anos. Tem sua sede em Haia, Holanda. Devido ao número de países-membros e à gama de atividades de que se ocupa, a ONU é a entidade supranacional mais abrangente. Há, porém, numerosas outras, de caráter regional ou voltadas para assuntos específicos, principalmente atividades econômicas e militares (segurança coletiva).

f) Conselho Econômico e Social

Sua principal função é promover a cooperação cultural, o respeito pelos direitos humanos e o progresso econômico e social. Reúne 54 membros e trabalha através dos órgãos subsidiados, como por exemplo, a Comissão de Direitos Humanos, a Comissão sobre a Situação da Mulher e a Comissão Populacional.

DA ONU também fazem parte importantes órgãos especializados como a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura), a FAO (Organização para Agricultura e Alimentação), o UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), a OMS (Organização Mundial da Saúde), entre outros.

A Organização das Nações Unidas foi criada logo após a Segunda Guerra Mundial para substituir a Liga das Nações. Dos 192 países reconhecidos pela comunidade internacional, somente Taiwan e Roma não integram o corpo de membros da ONU. Todos eles colaboram na sustentação financeira por meio de doações sistemáticas.

O valor a ser pago é calculado a partir de critérios variados, como o produto interno bruto, o lugar que o país ocupa na economia mundial e sua capacidade de pagar. No total, as contribuições contabilizam, em média, 2,3 bilhões de dólares.

Durante todos os anos passados a Humanidade não inventou um instrumento mais eficaz do apoio à paz e segurança no planeta. Justamente a sede da ONU em Nova York é o lugar onde são debatidas as vias da solução dos conflitos no Iraque e Afeganistão, no Oriente Médio, no Sudão e em outras partes do Universo. Os funcionários desta organização estão presentes em 15 operações de paz, e em dez delas ali está também a Rússia. Justamente a ONU que desempenha o papel principal na solução do problema do desarmamento e na luta contra a proliferação da arma de destruição em massa. Isso tem confirmação com a situação em torno dos programas nucleares do Irã e Coreia do Norte, acompanhado pela Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) – que é uma instituição especializada da ONU. A luta contra o terrorismo também se tornou um dos principais cuidados da Organização. Ela elabora as vias, métodos e recursos do combate a este mal da modernidade. Ninguém pode negar que também cabe à ONU o papel importante na solução dos problemas socioeconômicos, humanitários e culturais com que a Humanidade se depara. Finalmente, sem dúvida alguma que esta organização internacional é o centro da luta pela garantia dos direitos e liberdades do Homem.

Dissemos tudo, porém não podemos fechar os olhos aos problemas e deficiências da ONU: eficácia insuficiente, morosidade, grande burocracia, e agora a corruptibilidade. Visivelmente que chegou o momento da questão sobre a ampliação da composição do Conselho de Segurança, inclusive o aumento do número dos seus membros permanentes. E não é em vão que a questão sobre as reformas na ONU há muito que consta na agenda.

Nenhuma pessoa sensata irá negar as queixas citadas e outras possíveis com relação à ONU. Moscou vê isso muito bem, tanto é que há muito se expressa pelas reformas na Organização. Ao mesmo tempo a Rússia também rejeita

insistentemente e com argumentos as tentativas de desvalorizar o papel da ONU, de prejudicar a sua autoridade e empreender ações unilaterais desprezando esta importante estrutura internacional. Falando sobre tudo isso, podemos dizer com confiança que também neste século a ONU continua como principal campo internacional para os relacionamentos interétnicos e interestatais, bem como para solução dos mais graves problemas globais, regionais e locais; escreveu Victor Enikeiev.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais desafios encontrados pelas Nações Unidas é seu limitado poder, devido à falta de autoridade sobre os estados membros. A ONU normalmente condena violações aos direitos humanos e outros atos de terror; porém, a não ser que apoiada por seus membros, tem pouco poder de ação. Muitos países o relutam em ceder sua própria autoridade e seguir as ordens da ONU.

A finalidade do órgão é manter a paz e a segurança internacional, bem como desenvolver a cooperação entre os povos.

Busca solucionar os problemas sociais, humanitários, culturais e econômicos, promovendo o respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Eduardo Correia. **O Poder Público Bélico em Direito Internacional: O Uso da Força pelas Nações Unidas em Especial**. Coleção Teses. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Editora Coimbra, Coimbra, 2008.

COUTINHO, Inês Catarina Mendes. **Ontem, Hoje e Amanhã – Um Estudo Sobre o Ciclo de Vidas da Organização das Nações Unidas**. In: A Organização das Nações Unidas. Editora Humana Global – Associação para a Promoção dos Direitos Humanos, da Cultura e do Desenvolvimento, Coimbra, 2007, p. 175 a 206.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público (tradução de Vítor Marques Coelho do original Droit International**

Public. 7^a édition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2002). 2^a Edição, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003.

GERBERT, Pierre. **Introdução à Política: As Organizações Internacionais** (tradução de Cidália de Brito do original Lês Organisations Internationales). 2^a Edição em Português. Editora Arcádia, Lisboa, 1977.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público.** 3^a Edição Atualizada e Ampliada. Editora Almedina, Coimbra, 2008.

KOWALSKI, Mateus. **ONU – A Reforma Para a Paz.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Editora Coimbra, XLVI, n^o 1, 2005, p. 121 a 167.

MACHADO, Jónatas E. Mendes. **Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de setembro.** Editora Coimbra, Coimbra, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público.** 3^a Edição Revista e Atualizada, Editora Princípia, Cascais, 2008.

NASCIMENTO, Blenda Lara Fonseca do. **Solução de Controvérsias Internacionais – Revisão do Papel da ONU como Pilar da Segurança Internacional.** Editora Juruá, Curitiba, 2007.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público.** 3^a Edição Revista e Aumentada. Editora Almedina, Coimbra, 1993.

PULVIRENTI, Orlando Daniel. **Comentários ao Artigo 1^o da Carta das Nações Unidas.** In: Leonardo Nemer Caldeira Brant (organizador). Comentário à Carta das Nações Unidas. Editora CEDIN, Belo Horizonte, 2008, p. 37 a 57.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Internacional e Relações Internacionais.** Editora Coimbra, Coimbra, 2009.

REZEK, Francisco. **Comentários ao Preâmbulo da Carta das Nações Unidas.** In: Leonardo Nemer Caldeira Brant (organizador). Comentário à Carta das Nações Unidas. Editora CEDIN, Belo Horizonte, 2008, p. 23 a 33.

RIBEIRO, Manuel de Almeida; FERRO, Mônica. **A Organização das Nações Unidas**. 2ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2004.

RIBEIRO, Manuel de Almeida; SALDANHA, António Vasconcelos de; FERRO, Mónica. **Textos de Direito Internacional Público – Organizações Internacionais**. 2ª Edição, ISCSP, Lisboa, 2003.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 3ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2008.

XAVIER, Ana Isabel. **ONU: A Organização das Nações Unidas**. In: **A Organização das Nações Unidas**. Editora Humana Global – Associação para a Promoção dos Direitos Humanos, da Cultura e do Desenvolvimento, Coimbra, 2007, p. 9 a 174.

Sites Consultados:

<http://www.dhnet.org.br>

<http://www.onu-brasil.org.br>

<http://www.un.org>

<http://www.unicrio.org.br>

<http://www.globalcompact.com>

<http://www.unog.ch>

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

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

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir as organizações internacionais. Também conhecidas como Organizações Intergovernamentais, são instituições criadas por países (estados soberanos), regidas por meio de tratados, que buscam através da cooperação a melhoria das condições econômicas, políticas e sociais dos associados. Atuam em conjunto, de forma cooperativa, para buscar avanços econômicos, sociais e políticos para os países membros. As organizações internacionais ganharam maior relevância, tanto em termos numéricos, como no que se refere a sua atuação nas diversas áreas temáticas no cenário internacional. Neste sentido representam um mecanismo importante na difusão de concepções sobre os mais diversos temas, contribuindo para a ampliação da agenda internacional e podendo, inclusive, promover a redefinição de percepções e padrões de comportamento.

Palavras-chave: Organizações internacionais; Relevância; Cooperação; Avanços.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss international organizations. Also known as Intergovernmental Organizations, they are institutions created by sovereign states, which are governed by treaties, which seek through cooperation to improve the economic, political and social conditions of the members. They work jointly, cooperatively, to seek economic, social and political advances for member countries. International organizations have gained greater relevance, both numerically and in terms of their performance in the various thematic areas on the international scene. In this sense, they represent an important mechanism in the diffusion of conceptions on the most diverse subjects, contributing to the expansion of the international agenda and being able to, even, promote the redefinition of perceptions and patterns of behavior.

Keywords: International organizations, Relevance, Cooperation, Advances.

RESUMEN:El presente artículo tiene por objeto discutir las organizaciones internacionales. También conocidas como Organizaciones Intergubernamentales, son instituciones creadas por países (estados soberanos), regidas por medio de tratados, que buscan a través de la cooperación la mejora de las condiciones económicas, políticas y sociales de los asociados. Actúan en conjunto, de forma cooperativa, para buscar avances económicos, sociales y políticos para los países miembros. Las organizaciones internacionales adquirieron mayor relevancia, tanto en términos numéricos, como en lo que se refiere a su actuación en las diversas áreas temáticas en el escenario internacional. En este sentido representan un mecanismo importante en la difusión de concepciones sobre los más diversos temas, contribuyendo a la ampliación de la agenda internacional y pudiendo, incluso, promover la redefinición de percepciones y patrones de comportamiento.

Palabras clave: Organizaciones internacionales, Relevancia, Cooperación, Los avances.

1 INTRODUÇÃO

As primeiras organizações internacionais tiveram suas origens através das necessidades do que o mundo internacional vivenciava durante o século XIX. Tais organizações eram restritas a uma cooperação no domínio administrativo, ou seja, assumia nessa época uma forma de uniões administrativas. As organizações internacionais não encontram sua definição elaborada por nenhuma norma internacional, ficando a doutrina encarregada de conceituar por sua vez o que venha ser uma organização internacional.

Também conhecidas como Organizações Intergovernamentais, são instituições criadas por países (estados soberanos), regidas por meio de tratados, que buscam através da cooperação a melhoria das condições econômicas, políticas e sociais dos associados.

Atuam em conjunto, de forma cooperativa, para buscar avanços econômicos, sociais e políticos para os países membros.

Buscam soluções em comum para resolver conflitos de interesses entre os estados membros.

Estabelecem políticas de cooperação técnica e científica.

Estabelecem normas e parâmetros comuns.

Traçam estratégias para resolução de problemas de urgência como, por exemplo, guerras e outros conflitos militares.

Fiscalizam, através de órgãos específicos, o cumprimento das regras estabelecidas pelos acordos.

Organizam reuniões para a troca de experiências, definições de novas políticas ou determinação de novos objetivos.

Principais Organizações Internacionais

ONU (Organização das Nações Unidas)

Fundada em 1945 é a maior organização internacional do mundo. Tem como objetivos principais a manutenção da paz mundial, respeito aos direitos humanos e o progresso social da humanidade.

OEA (Organização dos Estados Americanos)

Fundada em 1948, conta com a participação de 35 nações do continente americano. Tem como objetivos principais a integração econômica, a segurança (combate ao terrorismo, tráfico de drogas e armas), combate a corrupção e o fortalecimento da democracia no continente.

OMC (Organização Mundial do Comércio)

Fundada em 1994, conta com a participação de 149 países membros. Atua na fiscalização e regulamentação do comércio mundial, além de gerenciar acordos comerciais.

OCDE (Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico)

Fundada em 1960, esta organização internacional é formada por 34 países. Tem como metas principais o desenvolvimento econômico e a manutenção da estabilidade financeira entre os países membros.

OMS (Organização Mundial da Saúde)

Fundada em 1948, este organismo faz parte da ONU e tem como objetivo principal a gestão de políticas públicas voltadas para a saúde em nível mundial.

OIT (Organização Internacional do Trabalho)

Organismo especializado da ONU, foi fundada em abril de 1919. Atua, em nível mundial, em assuntos relacionados ao trabalho e relações trabalhistas.

FMI (Fundo Monetário Internacional)

Criado em 1945, tem como objetivos principais a manutenção da estabilidade financeira e monetária no mundo, o aumento do nível de emprego e a diminuição da pobreza. Conta com a participação de 188 nações.

OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte)

Criada em 1949, conta com a participação de 28 países membros. Tem como objetivo principal a manutenção da segurança militar na Europa.

2 DESENVOLVIMENTO

Em virtude da recente ampliação da integração geoeconômica global, essas organizações tornaram-se atores importantes no cenário mundial, com a missão de estabelecer um ordenamento das relações intranacionais de poder e influência política. Atuam na elaboração e regulação de normas, suscitam acordos entre países, buscam atender determinados objetivos, entre outras funções.

Uma organização internacional, ou organismo internacional, é uma organização com membros, adesão ou presença internacional. Existem dois tipos principais:

Organização internacional não governamental: Organizações não governamentais que operam internacionalmente. Incluem organizações sem fins lucrativos que atuam a nível internacional e empresas como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Médicos sem Fronteiras, que atuam em diversos países.

Organização intergovernamental: O tipo de organização mais associado com o termo "organização internacional", composta principalmente de Estados soberanos. Exemplos notáveis incluem a Organização das Nações Unidas (ONU), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), Conselho da Europa e Organização Mundial do Comércio (OMC). A ONU tem adotado o termo "organização intergovernamental" ao invés de "organização internacional" para maior clareza do perfil da organização.

Resumidamente pode-se entender que organizações internacionais sejam as associações de sujeitos de Direito Internacional decorrentes do aumento nas relações internacionais e de uma cooperação imprescindível entre as nações.

Em uma análise a respeito das características de uma organização chega-se à conclusão que esta possui: a-) associação voluntária de sujeitos do DI; b-) que o ato institutivo da organização é internacional; c-) personalidade internacional; d-) possui ordenamento jurídico interno; e-) existência de órgãos próprios; f-) e por fim possui exercício de poderes próprios.

Qualquer que seja a organização internacional, ela não possuirá base territorial própria, assim sua sede dependerá que um Estado soberano conceda parte de seu território para ali se constituir a instalação física dessas organizações.

O ato do Estado em ceder parte de seu território para instalação da sede de uma organização internacional é tido como acordo de sede.

O papel das organizações internacionais está ajudando a definir a agenda internacional, proporcionando lugar para iniciativas e mediando as negociações políticas. As organizações internacionais também definem quais são as questões mais importantes e decidem quais questões podem ser agrupadas, assim, facilitando determinar a prioridade governamental ou de acordos governamentais.

Existem incontáveis organizações internacionais, isto é, aquelas instituições formadas por dois ou mais Estados. Porém, no que concerne ao âmbito geopolítico, econômico e humanístico global, algumas delas se destacam pela sua importância, dentre elas, podemos citar ONU, OMC, Otan, FMI, Banco Mundial, OIT e OCDE. A seguir, vamos compreender um pouco melhor o significado e a importância de cada uma dessas siglas.

ONU – A Organização das Nações Unidas é considerada o mais importante organismo internacional atualmente existente, importante por reunir praticamente todas as nações do mundo. Ela surgiu ao final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) em substituição à antiga Liga das Nações e objetiva promover a paz e a segurança mundial.

A principal instância decisória da ONU é o Conselho de Segurança, formado por um grupo muito restrito de países. Na verdade, esses países são os antigos vencedores da Segunda Guerra Mundial: Rússia (ex-União Soviética), Estados Unidos, França, Reino Unido e a China (essa última não participou ativamente da Segunda Guerra, mas conseguiu grande prestígio e poder internacionais, capazes de assegurar uma vaga no Conselho). Além desses cinco países, que são membros permanentes, fazem parte outros cinco países provisórios, que se alternam periodicamente.

O poder desse Conselho de Segurança é elevado, pois é ele quem toma as principais decisões da ONU. Além disso, os cinco membros permanentes têm o chamado poder de veto, em que qualquer um deles pode barrar uma decisão, mesmo que todos os outros países sejam favoráveis.

OMC – A Organização Mundial do Comércio é o organismo internacional responsável por legislar e acompanhar as transações econômicas e comerciais realizadas entre diferentes países. Além disso, o seu principal objetivo é promover a liberalização mundial do comércio, visando combater o chamado protecionismo alfandegário, em que uma nação impõe elevadas tarifas para produtos estrangeiros a fim de favorecer a indústria local. Quando algum país tem algum tipo de problema ou entrave com outro Estado, ele geralmente recorre à OMC como instância máxima para avaliar e julgar a questão.

Otan – A Organização do Tratado do Atlântico Norte é um tratado ou pacto militar, que inicialmente congregava os principais países capitalistas e objetivava combater o socialismo, que também tinha o seu pacto militar, o Pacto de Varsóvia. Porém, desde o final da Guerra Fria, os objetivos dessa organização se alteraram, tornando-se como um instrumento militar das grandes potências a fim de intervir em conflitos armados em qualquer parte do mundo para assegurar direitos internacionais ou combater possíveis “ameaças” ao atual sistema internacional.

Fazem parte da Otan, desde o seu surgimento, Alemanha, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Espanha, França, Grécia, Inglaterra, Itália, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Islândia e Turquia. Posteriormente, várias das ex-repúblicas soviéticas também ingressaram no pacto, como a Bulgária, Romênia, Estônia, Letônia, Lituânia, Eslováquia e Eslovênia, além da Rússia, que atua como membro observador.

FMI – O Fundo Monetário Internacional é uma organização financeira responsável por garantir a estabilidade econômica internacional. Ele é composto por 187 países e foi criado em 1944 na Conferência de Bretton Woods. Seu funcionamento, basicamente, ocorre através do gerenciamento e concessão de empréstimo para aqueles países que o solicitam.

Normalmente, o dinheiro do FMI é fornecido pelos seus próprios países-membros, de forma que aqueles que mais contribuem são justamente aqueles que mais possuem poder de decisão. Para adquirir empréstimos, o país em questão deve atender a uma série de exigências, transformando suas economias internas e, geralmente, abrindo sua economia para o mercado estrangeiro.

Banco Mundial – foi criado em 1945 na Conferência de Bretton Woods juntamente ao FMI. Trata-se de uma organização financeira vinculada à ONU, mas que possui a sua própria autonomia. Seu objetivo inicial era conceder empréstimos direcionados aos países europeus que haviam sido devastados pela Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, seus objetivos mudaram e seu intuito passou a ser o de conceder empréstimos a países da Ásia, África e Américas.

OIT - A Organização Internacional do Trabalho é uma instituição responsável por regulamentar, fiscalizar, estudar e avaliar as relações de trabalho existentes em todo o mundo. É considerada uma organização “tripartite”, ou seja, formada por três tipos diferentes de forças: os governos de 182 países, além de representantes de empresas empregadoras e de representações trabalhistas ou sindicais.

OCDE – A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico é uma instituição atualmente composta por 34 países. Seu objetivo é fomentar e incentivar ações de desenvolvimento econômico de seus países-membros, além de medidas que visem à ampliação de metas para o equilíbrio econômico mundial e

melhorem as condições de vida e os índices de renda e emprego. O Brasil não é um membro dessa organização.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os propósitos das organizações são muito relevantes, possuindo capital importância no cenário internacional. As organizações internacionais postulam regras e prescrevem comportamentos a partir deste conjunto de valores partilhados, visando à coordenação dos atores em torno de uma questão específica. A partir desta atuação, estabelecem certos padrões de comportamento, transmitindo aos Estados um conjunto de princípios e normas que irá condicionar a prática e as percepções dos atores no sistema internacional. Podem atuar ainda como fóruns de debate, possibilitando a circulação e consolidação de novas ideias, valores e interesses.

As organizações internacionais ganharam maior relevância, tanto em termos numéricos, como no que se refere a sua atuação nas diversas áreas temáticas no cenário internacional. Neste sentido representam um mecanismo importante na difusão de concepções sobre os mais diversos temas, contribuindo para a ampliação da agenda internacional e podendo, inclusive, promover a redefinição de percepções e padrões de comportamento.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando & NASCIMENTO E SILVA, G. E. Do. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BREGALDA, Gustavo. **Direito internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção OAB Nacional).

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002.

PROBLEMAS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

LUCAS KERTESZ DE OLIVEIRA

Resumo: Este artigo trata sobre os graves problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro, dando algumas sugestões para a melhoria das suas condições.

Palavras Chave: Sistema carcerário. Problemas. Possíveis soluções.

1. Introdução

Não é de hoje que o sistema carcerário do Brasil é um desastre, na verdade, encontra-se falido. Basta acompanhar os telejornais que todos os dias mostram rebeliões, mortes entre os detentos, facções dominando a cadeia, chegando ao cúmulo de comandar crimes de dentro dos presídios. As condições as quais os presos são submetidos são absolutamente desumanas e degradantes, prejudicando sobremaneira a ressocialização, fazendo com que, na maioria das vezes, haja reincidência e voltem às ruas mais violentos e especializados, já que lá dentro se misturam, independente do delito cometido. Tal situação colabora para que haja uma “universidade do crime”, onde muitos criminosos primários e/ou de baixa periculosidade vivem cotidianamente com criminosos de altíssima periculosidade. Muito pior que isso é quando são obrigados a se “filiar” a alguma facção criminosa para ter proteção, não morrer ou não ser abusado sexualmente. A realidade brasileira é deplorável e precisa urgentemente ser mudada, até mesmo porque são décadas de descaso e esquecimento, que não poderia terminar diferentemente do que é hoje.

2. Problemas do cárcere

A superlotação é um dos principais fatores que geram esses transtornos, já que por falta de vontade política, demagogia, corrupção ou má gestão, os representantes do povo nunca se preocupam em melhorar, expandir ou construir novos presídios. Quando questionados, dizem que preferem construir escolas a presídios. Ora, responder uma questão dessa forma soa bonito, mas de extremo prejuízo para a sociedade. Não é que não se devam construir escolas, pelo contrário, todavia um não exclui o outro. Os dois são absolutamente necessários. As pessoas que estão restringidas de liberdade só aumentam, porque a

criminalidade só aumenta. E aí, vamos apenas construir mais escolas? Deve existir maior seriedade no trato do tema e maior preocupação das autoridades, tendo em vista que aquelas pessoas que estão lá esquecidas no cárcere um dia vão sair. E saindo serão o reflexo de como o sistema penitenciário as tratou. O que a sociedade quer é uma punição severa e justa aos condenados, mas que, quando o criminoso saia, não volte a delinquir, pelo simples fato de ter “aprendido a lição”.

O tempo ocioso dentro dos presídios é também um sério problema. Já diziam os mais velhos: “cabeça vazia, oficina do diabo”. É de fundamental importância que todos os presos que se encontram em regime fechado trabalhem, sem exceção. Isto porque, além de ocuparem seu tempo, indenizam as vítimas com o provento de seu trabalho, pagam a estadia e a alimentação, aprendem um ofício e melhoram como pessoas. Caso algum deles se negue a trabalhar, basta restringir benefícios internos, como banho de sol, visitas, etc. Não se trata aqui de trabalhos forçados, como veda a Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

c) de trabalhos forçados;

Segundo o Código Penal:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer **submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva**, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; [\(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003\)](#)

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. [\(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003\)](#)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: [\(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003\)](#)

I – contra criança ou adolescente; [\(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003\)](#)

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. [\(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003\)](#)

Como o Código Penal não é claro ao classificar o que seria trabalho forçado, necessário se faz buscar a definição em outra fonte. A Convenção nº 29, da OIT, nos ensina:

ARTIGO 2º

1. Para os fins da presente convenção, a expressão **“trabalho forçado ou obrigatório”** designará **todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual êle não se ofereceu de espontânea vontade.**

2. Entretanto, a expressão **“trabalho forçado ou obrigatório”** não compreenderá para os fins da presente convenção:

a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude das leis sobre o serviço militar obrigatório e que só compreenda trabalhos de caráter puramente militar;

b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais dos cidadãos de um país plenamente autônomo;

c) **qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo como consequência de condenação pronunciada por decisão judiciária, contanto que êsse**

trabalho ou serviço seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas e que o dito indivíduo não seja pôsto à disposição de particulares, companhias ou pessoas morais privadas;

d) qualquer trabalho ou serviço exigido nos casos de força maior, quer dizer, em caso de guerra, de sinistro ou ameaças de sinistro, tais como incêndios, inundações, fome tremores de terra, epidemias, e epizootias, invasões de animais, de insetos ou de parasitas vegetais daninhos, e em geral tôdas as circunstâncias que ponham em perigo a vida ou as condições normais de existência, de tôda ou de parte da população;

e) pequenos trabalhos de uma comunidade, isto é, trabalhos executados no interêsse direto da coletividade pelos membros desta, trabalhos que, como tais, pode, ser considerados obrigações cívicas normais dos membros da coletividade, contanto que a própria população ou seus representantes diretos tenham o direito de se pronunciar sôbre a necessidade dêsse trabalho.

Analisando a norma supracitada, nota-se claramente que o trabalho realizado em um presídio pelos detentos está em consonância, inclusive, com uma Convenção Internacional, fato pelo qual também não contraria a Constituição Federal. O problema atual é que existem muitos direitos e poucos deveres aos presos, sendo importantíssimo essa implementação no âmbito penitenciário, como uma das formas de ajudar a melhorar a condição deles.

Outra questão que surge ao se falar em sistema penitenciário são as visitas íntimas e o contato direto com advogado ou pessoas da família. Primeiro porque o preso não precisa ter visita íntima, isso é absurdo. Simplesmente pelo fato de que ele está preso, não numa colônia de férias. Em segundo lugar, esse “benefício” colabora e muito para o repasse de informações, ordens, drogas, armas de dentro dos presídios para fora (e vice-versa), seja para o tráfico de drogas, seja para homicídio ou demais crimes. O contato físico não deve existir nem mesmo entre o preso, advogado e a família, devendo as conversas serem realizadas por meio de interfone e monitorada por um agente da lei. Com isso evitaria que pessoas de fora transportassem para o interior das penitenciárias drogas, celulares e demais objetos.

No mesmo sentido existe uma necessidade urgente de instalação de bloqueadores de celulares nos presídios, a fim de evitar que de dentro haja ligações para continuarem a cometer crimes. Um problema grave que parece nunca ter fim.

Além de todos esses problemas, todos sabem que existem outras dificuldades, já que o problema não se limita apenas a esses, pois, na verdade, são somente parte da “corda podre”. Isso porque, há uma clara sucessão de erros infundáveis e notórios que quem está no poder não quer melhorar. Dentre eles temos uma polícia sucateada, principalmente a judiciária, que investiga os crimes, mas não soluciona nem 10% dos homicídios, em média, por falta de investimentos, por falta de pessoal, equipamentos, armas, salário digno, etc; leis penais frouxas, que protegem muito mais os criminosos do que a sociedade, gerando uma imensa sensação de impunidade para a população; garantismo exarcebado por parte de juízes e, em muitos casos, promotores de justiça; proteção individual também inflacionada quando em conflito com a coletividade, etc.

Existem pessoas que dizem que existe uma demasia de presos no Brasil e grande parte deles encontram-se em prisão provisória, não em condenação definitiva. Há algo em torno de 40% de presos provisórios, todavia não é uma quantidade gigantesca como querem transpassar. Segundo uma pesquisa feita pelo Ministério da Justiça (<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>), o Brasil é o terceiro país que mais prende no mundo. Entretanto, fundamental ressaltar que somos o quinto país mais populoso do mundo, com quase 205 milhões de pessoas, além de um dos mais violentos, com quase 65 mil homicídio por ano. A população carcerária no Brasil não chega nem a um milhão de pessoas presas, não somando sequer 0,5% (meio por cento). O que falta, pelo contrário, é que maior rigor nas leis para que quem for preso não saia tão fácil, gerando a tão comum impunidade, com “saidinhas temporárias”, progressão de regime extremamente branda, penas baixas, audiências de custódia, etc. Esta política do desencarceramento tem que acabar, porque no fim quem sofre é sempre a população, que tem que arcar com a ineficiência do Estado e as facilidades concedidas aos presos, às vezes com a própria vida. Logicamente há uma junção de fatores que devem ser aprimorados em conjunto, não basta apenas prender e largar na cadeia, embora o desencarceramento, cada vez mais corriqueiro, não é, nem de longe, solução para os problemas do país.

3. Conclusão

Por fim, a solução para esses problemas vêm da educação, de políticas públicas e recrudescimento das leis, impedindo os criminosos de conseguirem a liberdade tão facilmente. A educação serve para tirar as novas gerações do caminho errado, dando oportunidades iguais e com ensino de qualidade. Parece uma utopia, mas os investimentos têm que ser maciços na base, não existe outra saída. As políticas públicas devem ser aplicadas àqueles que estão com problemas nas drogas, assim como na conscientização, prevenção e tratamento. Importante também alertar os jovens no tocante à prevenção precoce de gravidez, visto que quanto mais jovens e mais pobres, mais vulneráveis a serem captados à vida do crime. Contra quem está na vida do crime deve-se aplicar leis mais rígidas, esse é o principal caminho para qualquer sociedade que não queira viver refém dentro de sua própria casa, enquanto os criminosos, continuam soltos e sem qualquer medo da justiça, cometendo os mais bárbaros crimes, todos os dias.

4. Referências

Ministério da Justiça (<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>).

Constituição Federal de 1988.

Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho.

A PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

LETÍCIA BRANDÃO RESENDE:
Bacharelada em direito pela
Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(Orientador)

RESUMO: O uso da psicografia como meio de prova no Processo Penal. O trabalho tratará da discussão acerca da idoneidade e da admissibilidade o não desse fenômeno de comunicação post-mortem na busca pela verdade real, a partir de uma análise sistemática do que vem a ser a psicografia, suas formas, conceitos e sua atual aplicabilidade como meio tangível de defesa do réu. Com todo o auxílio da doutrina, de artigos e das legislações aplicáveis ao tema, será traçado um panorama legal, partindo do conceito de prova, sua classificação e seus meios, com atenção especial para o que o espiritismo e a mediunidade, e ainda sobre o exame grafotécnico como instrumento de aferição da autenticidade da psicografia como meio de prova confiável e seguro. Fazendo desde modo uma ponte entre o direito e o espiritismo, por fim o artigo buscará entender esse método psico-mediúnico que aplicado à casos concretos tem gerado inúmeros questionamentos acerca do atual conceito de prova adotado nos tribunais.

SÚMARIO: 1. Introdução. 2. Das Provas 2.1. Classificação das Provas. 2.2. Meios de Prova. 3. Espiritualidade. 3.1. O Espiritismo. 3.2. Da Mediunidade. 4. A Psicografia. 4.1. Psicografia como Documento. 4.2. Psicografia como Meio de Prova. 4.3. Exame Grafotécnico. 4.4. Cartas Psicografadas Frente ao Caso Concreto. 5. Conclusão. 6. Referências.

I. Introdução

O presente estudo dedica-se a esclarecer, investigar, analisar e descrever a viabilidade da utilização de cartas psicografadas como prova no sistema jurídico brasileiro. A apresentação desse material mediúnico como meio de se provar a veracidade de um fato, sem analisar, nem se aprofundar em teorias religiosas é o objetivo deste trabalho, se distanciando de convicções já existentes, e demonstrando que o Direito não é estático e como tal deve crescer, aceitando novos métodos que possam fazer parte desta evolução.

A escolha do tema deriva da fascinação que esse tema desperta sobre o mistério da espiritualidade, gerando polêmica entre a existência ou não de vida após a morte e seu grau de comunicabilidade com os vivos. Há os que acreditam e os que duvidam da possibilidade de comunicação entre o mundo material e o mundo espiritual. Porém quando se aborda o tema da psicografia como meio de prova judicial, não se pode focar apenas no ângulo religioso, mas sim no ângulo jurídico, analisando eles conforme as normas e princípios adotados no Brasil.

Diante do exposto, alguns alegam que muitos indivíduos poderiam aproveitar-se da situação e, utilizando-se de documentos psicografados falsos, tentar inocentar indivíduos culpados, mas, um dos aspectos ressaltado neste trabalho, é que não seria qualquer carta psicografada que seriam utilizadas no processo, como prova, mas aquelas submetidas à perícia adequada, conhecida como exame grafotécnico, para comprovar a veracidade do documento psicografado e este tipo de prova não se evidenciaria isolada, mas com um diverso conteúdo de fatos ocorridos.

Fica clara a fascinação que envolve o trabalho dos peritos diante das cartas psicografadas, confrontando-se a grafia da pessoa quando viva com a grafia da mensagem psicografada. Comprovando-se através da perícia grafotécnica que se trata da mesma caligrafia, fica difícil dizer que estas cartas não poderiam ser utilizadas como documentos comprobatórios, deixando ao critério do juiz a aceitação ou não do seu conteúdo.

Para tamanha pesquisa o trabalho foi dividida em capítulos, no Capítulo 1, é abordada a matéria das provas, o que são, a sua classificação e como são utilizadas. Esse capítulo é importante para entender o que é aceito como meio de prova no processo.

No Capítulo 2, analisa-se acerca da espiritualidade, contando a história da religião e analisando o que são os verdadeiros médiuns. Esse capítulo é importante para que se possa explicar e entender melhor a doutrina espírita, pois para se ter um julgamento, é preciso ter conhecimento.

No Capítulo 3 e ultimo, finalmente trata-se da psicografia, discutindo-se sobre a admissibilidade da carta psicografada como meio de prova. Trata-se também no mesmo capítulo sobre a perícia que pode ser realizada para a

contradição da carta psicografada, e ao final destaca casos em que se foi utilizado a psicografia em casos concretos.

2. DAS PROVAS

O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (NUCCI. 2014. p.338)

A prova é algo muito relevante no processo judicial, pois contribui diretamente para a formação do convencimento do julgador acerca da lide. Podendo ser produzida através de inúmeras formas, assim como, a juntada de documentos, a oitiva de testemunhas, depoimento das partes, a realização da perícia, entre outros.

Na ordem jurídica, a prova é qualquer e toda evidencia que auxilie a estabelecer a verdade de alguma coisa, ou seja, é todo aquele meio designado a convencer o juiz, de que a verdade de um determinado fato levado a juízo. Doutrinariamente a prova é definida como o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência de certos fatos, estabelecendo desta forma a existência da verdade.

Ensina Fernando Capez que:

A prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todos e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. Por outro lado, no que toca a finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa (CAPEZ. 2005. p. 260).

O juiz decide a lide com base nas provas, sentencia de acordo com as provas que foram apresentadas durante o processo e assim julga procedente ou

improcedente a ação penal, diante disto resulta a afirmativa de que a prova é a alma do processo.

Leciona assim Mirabete:

Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa, é necessário que adquira a certeza de que foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso deve convencer-se de que são verdadeiros os fatos. Da apuração dessa verdade trata a instrução, fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivaram, sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas. Essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a prova (MIRABETE. 2005. P. 274)

O art. 332 do Código de Processo Penal deixa claro que: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

2.1. CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

Netto (2014. Site Jus) diz que doutrinariamente as provas são classificadas de acordo com o seu valor, objeto, sujeito e forma.

Quanto ao seu valor (efeito), a prova pode ser plena, sendo ela convincente e verossímil, levando a um juízo de certeza. Ou não plena, sendo ela imperfeita e incompleta, não há certeza sobre o fato e são tratadas como indício, nos levando a um juízo de probabilidade.

Quanto ao seu objeto, as provas podem ser diretas, quando com certeza e elas por si só explicam o fato discutido, por exemplo, a testemunha viu o acusado tentando matar a vítima. E indiretas quando precisam de uma ligação de um fato para comprovar outro, por exemplo, um álibi.

Quanto ao sujeito (fonte), a prova pode ser real, que engloba provas como lugar, cadáver, arma, ou seja, provas consistentes em algo externo, como, por exemplo, fotografias, pegadas entre outros. E pessoal que origina-se do ser humano como, por exemplo, os depoimentos, o interrogatório, a testemunha.

Quanto à forma (aparência), existem três possibilidades de provas, a testemunhal, a documental e a material. A prova testemunhal se dá através dos depoimentos prestados por pessoas que tenham conhecimento do caso discutido. A documental é apresentada por meio de documentos produzidos e constantes no processo, usando desde certidão de casamento a contratos empresariais. E a prova material é aquela que refere-se ao meio físico, químico ou biológico como o exame de corpo de delito.

2.2. MEIOS DE PROVA

Meios de prova são os instrumentos habilitados a serem usados no processo, seria tudo que pudesse servir direta ou indiretamente para a comprovação da verdade pela qual se busca no processo. As provas podem ser classificadas em Direta, ou seja, que comprovam diretamente o fato objeto da prova, como por exemplo, as testemunhas oculares. E as Indiretas que se dão em casos em que ninguém assistiu ao fato, mas há indícios, diante de outras provas, de que aquele fato ocorreu.

Para o autor Mirabete:

Meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade através de depoimentos, perícias, reconhecimentos etc. Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. No Brasil, é permitida a utilização de meios de prova moralmente legítimos, mesmo que não previsto em lei, que são as chamadas provas atípicas (MIRABETE. 2005. p. 277).

No âmbito do Processo Penal, normalmente, não há limitações quanto aos meios de provas. No Brasil, é aceita a utilização de meios de prova moralmente legítimos, mesmo que não previsto em lei, que são as denominadas provas atípicas.

Analisando assim podemos classificar as provas por nominadas ou meios legais de provas, que são aquelas especificadas em lei (arts. 158 a 250 do CPP), e as atípicas ou inominadas, ou seja, as que não são especificadas em lei.

O CPP determina como meios legais de provas os seguintes: exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184), interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), confissão (arts. 197 a 200), perguntas ao ofendido (art. 201), testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a careação (arts. 229 a 230), documentos (arts. 232 a 238), indícios (art. 239) e busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Um meio de prova muito usado, é a prova por meio de documentos, onde dispõe o art. 232 do CPP que, consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. O documento pode ser público, quando produzido por um funcionário público no exercício de sua profissão, ou particular quando confeccionado por qualquer outra pessoa, até mesmo um funcionário público que não esteja no exercício de suas funções.

A prova documental pode ser requisitada pelo juiz, como também ser apresentada pela livre vontade das partes, e o se espera deste tipo de documento é a veracidade, autenticidade e a honestidade de quem a apresenta, sendo estes requisitos indispensáveis. A autenticidade é a certeza legal de que o escrito partiu da pessoa a quem o documento é atribuído.

3. ESPIRITUALIDADE

Para o melhor entendimento do trabalho e em razão de um conhecimento necessário, será apresentada informações eminentes religiosas, que depende aceitar ou não a doutrina espírita, suas crenças ou dogmas.

As experiências mediúnicas são vivenciadas e narradas em todos os segmentos sociais, causando diversas reações entre as pessoas, que vão da obstinada fé, ao terrível medo, passando, indubitavelmente pela peneira da credibilidade.

3.1. O ESPIRITISMO

Longe do que muitos imaginam o espiritismo não segue nenhum tipo de ritual, não se baseia em altares, em velas, em sacrificar os animais etc. Ao contrário disso, o espiritismo é totalmente desapegado a essas questões rituais e materiais, porém, sempre respeitando as pessoas que utilizam dessas práticas para aumentarem a sua fé.

A doutrina espírita ou espiritismo é um estudo que trata da natureza, origem ou destino dos espíritos, bem como de suas relações com o mundo corpóreo.

O pai da doutrina espírita, conhecido por Allan Kardec, foi o criador do termo espiritismo, do francês antigo “spiritisme”, (onde “spirit” é espírito e “isme” é doutrina). O foco principal é a crença na possibilidade de comunicação entre o mundo corporal e o mundo espiritual, ouvindo relatos de pessoas que diziam ter contatos com o mundo dos mortos, nasceu o espiritismo, diante de estudos acerca das práticas de manifestações, onde Allan Kardec, intrigado com esses acontecimentos que aparentemente não tinham explicações, dedicou a sua vida inteira a esses estudos, elaborando as codificações que foram os frutos de suas pesquisas e experiências, onde utilizou seus métodos pedagógicos através de perguntas e respostas, para criar a sua primeira e mais conhecida obra espiritualista, o livro dos espíritos (site: o espírito)

Além de ciência o espiritismo estabeleceu sua filosofia de vida sempre pregando a caridade ao próximo e que o ser humano está em progresso constante, nunca aceitando que qualquer criatura humana já tenha nascido inclinada para o mal e sim interpretando essas pessoas como seres em estágios menos evoluídos e que um dia poderão superar essa ignorância através das reencarnações e atingir um estágio mais evoluído através dessa oportunidade de se desenvolver. E por natureza acabou se tornando uma religião completa por existir uma ciência, com estudos e experimentos e uma filosofia de vida.

KARDEC em “O Que é Espiritismo”, explica que:

Vivendo o mundo visível em meio ao invisível, com o qual esta em perpétuo contato, o resultado é que um reage incessantemente sobre o outro, e desde que há homens, há

espíritos. Estes têm o poder de manifestarem-se e p fizerem em todas as épocas e entre todos os povos.

Nestes últimos tempos, entretanto, as manifestações dos espíritos adquiriram um surpreendente desenvolvimento, vem como um caráter de evidente autenticidade, talvez porque estivesse nos desígnios da providência exterminar a praga da incredulidade e do materialismo, mercê de provas evidentes, permitindo aos que deixaram a Terra que viessem dar testemunhos de sua existência e revelar a situação feliz ou infeliz em que se encontram (KARDEC. 2001. p. 98,99).

Vale ressaltar ainda que se alguém crer haver em si alguma coisa mais do que a matéria é, por acepção, espiritualista, independente de sua religião.

No ano de 1865 o Brasil conheceu o Espiritismo, vindo hoje a ser o país com maior número de espíritas em todo o mundo, com cerca de 3,8 milhões, sendo assim o terceiro maior grupo religioso do país, de acordo com o senso de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE).

No Brasil o instituto responsável pela orientação do espiritismo é a FEB (Federação Espírita Brasileira), que reúne aproximadamente dez mil Instituições Espíritas, espalhadas por todas as regiões do País. A mesma foi fundada em 2 de janeiro de 1884, no Rio de Janeiro, com 134 anos de história, sendo ela uma entidade de utilidade pública ([DECRETO DE 26 DE AGOSTO DE 1992](#) – FERNANDO COLLOR), ela tem o objetivo de divulgar a doutrina espírita, promover o estudo, publicando livros e principalmente espalhar a prática de caridade no seu sentido mais amplo, dando assistência material e espiritual aos necessitados, seja por meio de trabalho em suas próprias dependências, seja por meio do estímulo e do apoio a todos os núcleos espíritas.

3.2. DA MEDIUNIDADE

A mediunidade é a qualidade de uma pessoa e deriva da palavra médium (do latim *”mediu”* significa meio, intermediário). (FERNANDES; LUFT; GUIMARÃES; 1993)

A mediunidade, segundo a doutrina espírita, é a vocação de alguns humanos que permite a comunicação entre homens e espíritos. Os médiuns são porta-vozes

de um mundo que as pessoas desejam que exista. Eles têm na maioria das vezes a missão de narrar acontecimentos do plano espiritual, trazendo assim notícias, mensagens ou revelações dos espíritos desencarnados, ou seja, são, canais de alívio para muitas aflições. São encontrados na religião espírita, no catolicismo e não raro em outras religiões que seguem normas mais rígidas.

KARDEC explica que:

Toda pessoa que sente a influência dos espíritos num grau qualquer é, por isso mesmo, médium. Esta faculdade é inerente ao homem e conseqüentemente, não é privilégio exclusivo. Assim, pouca gente, há em que não seja encontrada em forma rudimentar. Pode-se, pois, dizer que todo mundo é mais ou menos médium. Contudo, na prática a qualificação só se aplica aqueles nos quais a faculdade mediúnica é claramente caracterizada e se traduz por efeitos patentes, de uma certa intensidade, o que depende de uma organização mais ou menos sensitiva. Além disso, é de notar-se que tal faculdade não se revela em todos do mesmo modo: geralmente os médiuns tem uma aptidão especial para esta ou aquela ordem de fenômenos, o que dá lugar a tanta variedades deles quanto das espécies de manifestações (KARDEC. 1984. p. 135).

A doutrina espírita nos mostra que, a pessoa que é médium já nasce com esse dom, seria como um dos cinco sentidos, a mediunidade no caso seria o sexto sentido. Porém não se pode ver a mediunidade de nenhum modo aparente, não há nenhum sinal particular, em nenhuma região do corpo, não sendo assim capaz de atestar a presença da faculdade mediúnica. A mesma não escolhe sexo, credo, raça ou condição social, ela é divina e universal, porém, a pessoa que nasce com esse sexto sentido, tem a faculdade de desenvolvê-la, ou não.

Para que haja o desenvolvimento desta sensibilidade é necessário que a pessoa efetue uma educação mediúnica, que segue na disciplina dos estudos com o devido conhecimento da doutrina espírita, ter a moral evangélica, ter uma fé inabalável, agir sempre em caridade e bondade, e fazer o treinamento da faculdade mediúnica (uma familiarização com as técnicas envolvidas no processo da

mediunidade), esse treinamento é feito em grupo, em um local apropriado, e sob orientação e supervisão de um médium já experiente.

A incorporação da mediunidade deve ocorrer de maneira suave, harmônica, sendo o médium um portador de palavras de amor. Pode vim a ocorrer de o médium perder temporariamente ou definitivamente suas faculdades mediúnicas, isso normalmente ocorre por algum problema de saúde, obsessão, mau uso da faculdade, ou até mesmo por não frequentar o centro espírita.

Tem-se também como um dos princípios do espiritismo, a não aceitação de bens com valor material ou de favores, pela assistência mediúnica. No Brasil, no que se refere à mediunidade e à espiritualidade, tem-se como ensinamento: "dê de graça o que de graça recebeste".

4. A PSICOGRAFIA

A psicografia que do grego *psyché*, significa borboleta, alma e *graphô*, escrevo, seria a escrita dos espíritos através da mão de um interceptor, denominado médium, é uma das possibilidades mais comum de comunicação com o mundo dos desencarnados (mortos). A doutrina espírita diz que a psicografia seria um estado de inconsciência ou consciência de um interceptor, o denominado médium, que este supostamente recebe informações de pessoas falecidas através de um pedaço de papel.

Segundo o espírita Allan Kardec Psicografia significa:

A transmissão do pensamento dos Espíritos por meio da escrita pela mão do médium. No médium escrevente a mão é o instrumento, porém a sua alma ou espírito nele encarnado é intermediário ou interprete do espírito estranho que se comunica (KARDEC. 1996. p. 36).

Existem três tipos de psicografia, seriam elas a Semi-mecânica, onde a mão do médium se move sem à vontade do mesmo, embora possua ele, a consciência do que escreve; A Intuitiva, no qual é facultativo e voluntário o movimento das mãos, tendo ele consciência do que vem a escrever e a Psicografia Mecânica, em que o movimento da mão do médium é involuntário e este não possui consciência do que escreve.

A Psicografia não é ato admitido somente na doutrina espírita, existem no Brasil religiões que admitem esse tipo de prática de recepção como a Umbanda e a Teosofia.

Kardec, em “O Livro dos Médiuns”, explica que:

Os espíritas já se acham em condições de comunicar-se com os espíritos, tão fácil e rapidamente, como fazem os homens entre se e pelos mesmos meios: a escrita e a palavra. A escrita, sobretudo, tem a vantagem de assinalar, de modo mais material, a intervenção de uma força oculta e de deixar traços que se podem conservar, como fazemos com nossa correspondência (KARDEC. 1984. p. 56).

No Brasil, dentro dos psicógrafos mais conhecidos estão o espírita Francisco de Paula Cândido Xavier, mais conhecido como Chico Xavier e Tereza de Ávila, que trazia a escrita invertida, sendo possível a leitura unicamente com a assistência de um espelho.

4.1. PSICOGRAFIA COMO DOCUMENTO

O documento é um dos meios probatórios admitidos em nosso ordenamento jurídico no qual, o acusado pode utilizar para a sua defesa.

Podemos analisar assim, disposto no art. 232 do Código de Processo Penal que: “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. As cartas psicografadas poderiam ser incluídas, com base nessa definição, na classificação de “quaisquer documentos escritos”, sendo considerados a partir deste momento como documentos em sentido amplo, então teria que ser um documento para ser admitida em um processo.

Para Júlio Fabrinni Mirabete:

Os documentos chamados públicos, aqueles expedidos na forma prescrita em lei, por funcionários públicos no exercício de suas atribuições, gozam de proteção “*juris tantum*” de autenticidade, sendo impossível imputar-lhe valor diverso do que contém. Já os documentos chamados particulares, assinados ou mesmo feitos por particulares, sem a presença oficial dos

funcionários públicos, no exercício de suas funções, só são considerados autênticos quando reconhecidos por oficial público, quando aceitos ou reconhecidos por quem possa prejudicar e quando provocados por exame pericial. (MIRABETE. 2005. p. 277).

Se for alegada a falsidade da carta psicografada, a mesma poderá ser submetida à verificação de sua autenticidade, através de uma perícia especializada e, conforme art.235 do mesmo código, quando esta for contestada, haverá inclusive incidente processual próprio a tanto.

4.2. PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA

Analisando o fato de que a carta psicografada não pode ser considerada ilícita, ne ilegítima, e ainda verificando os preceitos da ampla defesa e do contraditório, o livre convencimento do juiz, a liberdade probatória e a busca pela verdade real, considera-se a carta psicografada um meio de prova aplicável. Podendo assim ser utilizada em alguns casos como prova.

RENATO MARCÃO, doutrina sobre o tema:

No processo penal, os sujeitos processuais – acusação e defesa – tem iguais direitos e obrigações, sendo que a ausência dessa igualdade de condições implicaria a negação da justiça. Já o fato de o texto constitucional assegurar o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes ao atendimento desses princípios (art. 5º, LV), significa dizer que tem os sujeitos processuais o direito de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra agir processualmente, por exemplo, a uma prova psicografada (MARCÃO. 2006. Revista Consulex nº 229).

A psicografia sustenta questões polêmicas ao seu redor, colocando juristas em um duelo de posições onde existem aqueles que a defendem, por a considerarem fato científico e aqueles que não a aceitam, por a considerarem como fenômeno religioso, assim fundando-se na Teoria do Estado Laico.

De acordo com estudos de Santos Filho (2010):

Psicografia é a faculdade de os médiuns, sob a atuação de Espíritos comunicantes, escreverem com a própria mão, ou, conforme o desenvolvimento mediúnico, com ambas as mãos, ao mesmo tempo. Há casos em que o médium não toma nenhum conhecimento do que escreve e, às vezes, enquanto o faz, conversa com os assistentes. Psicografia é palavra de origem grega e significa escrita da mente ou da alma. [...]

O Médium, do latim médium que quer dizer: meio, intermediário; são as pessoas que tem a facilidade de comunicação com os espíritos, com o além, e mais ou menos dotas da faculdade de receber e transmitir suas comunicações. [...]

Existem diferentes formas de manifestação dos espíritos, contudo existem médiuns que tem ou não aptidão, para uma ou outra manifestação. O Médium [...] é o Escrevente ou o Psicografo, que tem a faculdade de escrever sob a influência dos espíritos.

Um outro fator favorável a quem defende o uso da carta é de é facultado ao juiz formar a sua convicção de qualquer coisa pela livre apreciação da prova, decidindo deste modo livremente de acordo com a sua consciência.

Pode-se classificar a psicografia em duas modalidades: a imediata (que é quando o próprio médium redige a carta de forma normal utilizando sua mão e um lápis) ou a mediata (que é quando se adapta o lápis a um objeto qualquer que funcionará como uma “mão”, sendo a carta escrita sem o auxílio direto do médium).

A sua utilização como prova vem sendo difundida pelo Brasil. Os juristas que defendem a prova psicografada, afirmam que por ela não estar prevista em Lei e, em suas convicções, não se tratarem de meio ilícito, pode ser utilizada como prova sem a existência de nenhuma restrição.

A psicografia é amplamente utilizada no espiritismo, onde se diz que são os espíritos dos falecidos que, em comunicação com o médium, relatam fatos que querem dizer a suas famílias. Os que defendem o uso de tal prova, se baseiam no

discurso de que a psicografia não é fruto do espiritismo e que pode ser comprovada cientificamente e pericialmente por meio da grafotécnica.

Enfatiza-se que o processo penal luta incansavelmente pela busca da verdade real, utilizando também o princípio da liberdade probatória, sendo arriscado restringir qualquer espécie de prova. Assim, é possível produzir outros meios de provas que não estejam previsto legalmente, mas desse modo desde que não afronte o direito e a moralidade da pessoa humana como expresso no artigo 369 do Código de Processo Civil.

Sobre a certeza e a verdade real, se manifesta MALATESTA:

A certeza é um estado simples e indivisível da alma e, por isso, sempre igual e idêntica a si mesma. É a crença na conformidade entre a noção ideológica e a verdade ontológica. Por isso, ou se acredita nesta conformidade entre a própria noção ideológica e a verdade ontológica e se tem igualdade a certeza, ainda que se trate de verdade necessária, constante ou eventual ou não se acredita e não se tem certeza de modo algum. Fazer comparações entre a quantidade de varias certezas é irracional. (MALATESTA. 2005. p. 41).

O processo só existe para que deste modo se possa buscar a verdade real dos fatos dispostos, e para tanto há que se admitirem inúmeros e diferentes meios de provas, para que dessa maneira possa se formar o convencimento do julgador.

4.3. EXAME GRAFOTÉCNICO

Diante da falta de confiabilidade atribuída por alguns juristas à psicografia, sendo assim para a comprovação da “veracidade” das cartas psicografadas, ao quais os médiuns escrevem as cartas com a grafia do falecido, utiliza-se a perícia grafotécnica, que é a ciência responsável por analisar a autenticidade, a autoria ou a falsidade da grafia utilizada.

Capez, apresenta que:

O termo “perícia” [...] é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos

necessários ao deslinde da causa. Trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional (CAPEZ. 2013. p. 418,419).

Afirmar a autenticidade ou falsidade de um documento pelo perito é de muita responsabilidade, uma vez que o Laudo Pericial será utilizado pelos magistrados em suas sentenças.

Para a realização da perícia grafotécnica, utilizam-se documentos autênticos escritos pela pessoa ao qual se analisará se outro documento é verídico ou falso. Para isso, é necessário que o perito tenha o maior número de “padrões de confronto” (que são os documentos que possuem grafia autêntica). Esta comparação entre documentos é a única forma de determinação da autenticidade ou falsidade.

De acordo com os especialistas, as letras manuscritas contêm uma vastidão de detalhes informativos sobre seus autores, como idade, grau de cultura, profissão e estado psicossomático.

O perito não realiza apenas comparações a olho nu, ele estuda o comportamento gráfico em análise, utilizando-se de scanners de alta resolução, lupas, microscópios, softwares específicos, luzes ultravioleta, câmeras fotográficas de alta resolução, ampliadores óticos etc.

Se dessa forma for identificado o numero de pontos característicos que permitam declarar a autoria da mensagem psicografada, tem-se então deste modo um laudo pericial expedido por um perito, devendo o documento ter credibilidade como prova.

O art. 174 do Código de Processo Penal estabelece as regras para que se haja o reconhecimento da escrita por comparação da letra.

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I – a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II – para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III – a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV – quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

4.4. CARTAS PSICOGRAFIADAS FRENTE AO CASO CONCRETO

No Brasil, o primeiro caso noticiado com o uso da psicografia foi no âmbito civil e se deu no Estado do Rio de Janeiro em 1944. Tratava-se de uma Ação Declaratória entre a viúva e os três filhos do escritor Humberto de Campos, contra a Federação Espírita Brasileira e o médium Chico Xavier. Os autores do processo requeriam os direitos autorais das obras do escritor falecido, uma vez que seus livros encontravam-se expostos nas prateleiras das livrarias, sem que àqueles tivessem autorizado ou recebido qualquer valor por isso.

No âmbito penal, mais especificamente, foram quatro casos de grande repercussão, que tiveram Chico Xavier como autor psicográfico. O primeiro caso ocorreu no dia 10 de fevereiro de 1976, praticado por João Batista França contra Henrique Emmanuel Gregoris. Ambos combinaram um encontro em um motel com duas garotas de programa, e através de uma brincadeira a arma acabou disparando contra o Henrique Emmanuel Gregoris que veio a falecer no local. Nessa ocasião Francisco Cândido Xavier psicografou uma carta a pedido da vítima, relatando o ocorrido com o intuito de esclarecer os fatos daquela tragédia e solicitando para

que sua mãe desistisse do processo porque o acusado era inocente. Diante disso o réu não chegou a ir a júri popular, sendo absolvido, pois a decisão entendeu pela impronúncia por falta de dolo, e dos elementos da culpa, ficando entendido ao final que tudo não passou de uma fatalidade.

O segundo caso se passou em 08 de maio de 1976, na cidade de Aparecida de Goiânia. Uma brincadeira com revólver ocasionou a morte de um jovem: na residência de seus pais, ao pegar pela primeira vez numa arma de fogo, José Divino Nunes, de 18 anos, atingiu seu amigo Maurício Garcez Henrique, de 15 anos, com um tiro no tórax. Maurício faleceu antes mesmo de receber os primeiros socorros. Fora aberto o inquérito. José Divino, desde o seu primeiro depoimento, afirmou que nunca pensara em matar seu amigo, ao qual eram inseparáveis havia quatro anos, que tudo não passava de uma fatalidade.

O acusado foi levado a júri popular e foi absolvido por seis votos contra apenas um. Abaixo segue um trecho de uma das mensagens enviadas pela vítima através do médium Chico Xavier.

Queridos papai, mamãe, Maria José e Nádia, que Deus nos abençoe, estou aqui com meu avô Henrique e peço a vocês coragem e resignação, é preciso lembrar de Deus nos acontecimentos da terra, faço um pedido, não fiquem pensando na minha volta para cá, criando sentimentos tristes, o Zé Divino não teve culpa no meu caso, se alguém deve pedir perdão sou eu, pois não devia ter ficado brincando ao invés de estudar, prometo melhorar para fazê-los tão felizes quanto eu puder, sou seu filho, irmão saudoso e agradecido, Maurício Garcez Henrique. (REDE GLOBO DE TELEVISÃO, 2004)

O terceiro caso ocorreu em 1º de março de 1980, José Francisco Marcondes de Deus foi acusado de matar a mulher, Cleide Maria Dutra de Deus, ex-miss Campo Grande. Inicialmente o réu foi condenado por homicídio doloso, liberado provisoriamente por força de um habeas corpus, José Marcondes procurou o médium Chico Xavier, e numa sessão no centro espírita de Uberaba, o espírito de Cleide Maria comunicou-se por intermédio de mensagens psicografadas. Foram três cartas, inocentando-o, a primeira delas 47 dias após a morte. O suposto espírito afirmou que o disparo, efetivamente, fora acidental. Dessa forma os autos foram

remetidos ao Tribunal do Júri, onde o réu teve sua pena revista, sendo desclassificada de homicídio doloso, para homicídio culposo, sendo assim condenado a 1 ano e meio de detenção, entretanto ele não cumpriu a pena, pois o crime já havia prescrito.

O quarto e último caso no qual Chico Xavier fora recebedor das mensagens mediúnicas, se deu em 22 de outubro de 1982 no estado do Paraná. Por volta da meia-noite, dois carros estacionam em um ponto escuro do pátio do Posto Panorana, divisa entre Mandaguari e Jandaia do Sul. Passam-se alguns minutos e ninguém sai dos veículos. O posto havia sido assaltado um dia antes e temendo outra ação de bandidos, o vigia acena para um carro da Polícia Civil de Jandaia do Sul que passava pelo local e pede para que seja averiguada a situação. Um dos homens sai da viatura empunhando uma carabina e antes mesmo de efetuar a abordagem a arma é disparada. A bala atravessa a porta de um dos carros e atinge o peito do motorista, matando-o na hora.

Poderia ter sido apenas uma ação policial malsucedida, que logo cairia no esquecimento, mas a vítima em questão era o deputado federal Heitor Alencar Furtado, que com apenas 26 anos, o parlamentar mais jovem na Câmara Federal, havia se tornado uma das principais lideranças políticas no Congresso.

Pouco depois do crime, a família Furtado recebeu uma carta psicografada pelo médium Chico Xavier, na qual o espírito de Heitor confirmava a tese de disparo acidental e dizia não ter dúvidas da inocência de Branquinho. A tese de disparo acidental acabou aceita, fazendo com que o caso fosse classificado como homicídio simples, decorrente de negligência. Ao final dos trabalhos, Branquinho foi condenado por cinco votos a dois e sentenciado a oito anos de prisão.

Por fim, o mais recente caso da utilização de uma carta psicografada num Tribunal do Júri ocorreu no ano de 2006 na cidade de Viamão, estado do Rio Grande do Sul. Iara Marques Barcelos, foi acusada de ser a mandante do crime de homicídio contra o tabelião Ercy da Silva Cardoso, executado dentro de casa com dois tiros na cabeça no ano de 2003. Esse caso em especial ganhou repercussão nacional, e após uma verdadeira batalha judicial o voto dos jurados foi mantido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2009, ficando a acusada em liberdade conforme apresenta a ementa da jurisprudência abaixo:

Ementa: JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do corréu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70016184012, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 11/11/2009). (LUCAS, 2009)

Por ser homem passível de erros, a psicografia está, assim como qualquer outro meio de prova, a mercê de equívocos, logo, o correto seria uma análise detalhada caso a caso. A carta psicografada em momento algum pode ser vista como ilegal ou amoral, pois se fosse, sua vedação seria mais do que justa. Porém, estando sujeita a análise da perícia, a carta se equipara em termos de relativa segurança aos demais meios de provas e pode ser considerada no máximo como um meio inusitado de prova, mais jamais um meio ilegal.

Assim, desde que interpretada em harmonia com os demais meios de prova, a carta psicografada vem somente acrescentar ao processo, contribuindo para o melhor resolver da causa. Ou seja, não cabe ao Judiciário, vedar sem razões ou sem um amparo legalmente convincente, um meio de prova que como demonstrado linhas atrás, nada tem de avesso ao direito. A carta psicografada em verdade é apenas um meio de prova ainda pouco compreendido, por trazer consigo uma história religiosa enraizada e equivocadamente interpretada.

5. Conclusão

Por fim, as cartas psicografadas já foram admitidas como provas em alguns processos penais, inclusive o seu valor probatório em alguns casos foi além do esperado o que naturalmente nos leva a um grande questionamento, se realmente as cartas psicografadas deverão continuar integrando o ordenamento jurídico.

Em nossa legislação não existem fundamentos legais que proíbam a admissão dessas cartas, mesmo que se fundamente que o Estado é laico a nossa Constituição Federal assegura o livre exercício e escolha da religião não podendo, legalmente falando, criar nenhum tipo de limite para o exercício de sua função, principalmente quando nos deparamos com fatos no processo penal onde essa garantia está ainda mais respaldada pelo princípio da verdade real e do contraditório.

Ainda que continue essa divergência quanto ao assunto, deve-se em primeiro lugar entender que o réu não pode ter o seu direito limitado, ou seja, seria mais viável admitir uma prova psicografada do que na dúvida recusá-la e correr o risco de tirar a oportunidade de se comprovar a verdade e absolvê-lo.

Quanto às fraudes, qualquer meio de prova está passível de ser uma inverdade, quando se necessita do homem para promover algo ou provar algo de acordo com o seu grau de interesse, algumas situações podem ficar distorcidas da realidade e para isso é que temos a perícia, que atua como parte fundamental no processo para assegurar que o objeto ali presente se faz verdade. A perícia hoje é utilizada na maioria dos casos, sem nenhum tipo de questionamento, para identificar as impressões digitais, assinaturas, trajetos de projéteis, pingos de sangue no chão, fio de cabelo da vítima, exame de sangue, etc. situações que sem o auxílio técnico e ferramentas próprias, não se chegariam a nenhuma conclusão ou verdade de fato. Mas quando se fala em perícia com cartas psicografadas utilizando os mesmos métodos e ferramentas elas normalmente são contestadas e em alguns casos rejeitadas, ou seja, um trabalho que era muito útil acaba se tornando totalmente inútil.

Mesmo existindo a perícia para se chegar à autoria ou autenticidade dos textos psicografados, em alguns casos não seriam necessárias as perícias grafotécnicas, tanto porque os próprios conteúdos das cartas já dariam o norte da sua credibilidade ou não. Porém solicitado a perícia para a análise dos casos é de se analisar a condição do médium e se ele possui a faculdade de escrever as cartas de

acordo com a escrita que o espírito tinha em vida, se ele tiver essas faculdades o laudo pericial possivelmente será positivo.

Esse assunto vai perdurar durante um bom tempo em nosso sistema jurídico, principalmente porque as cartas continuam a integrar os processos, não mais pelas mãos do médium Francisco Cândido Xavier, e sim por outros médiuns que continuam a servir de ferramentas para o plano espiritual.

O que se deve analisar não são as cartas psicografadas dentro dos processos, e sim se o nosso sistema judiciário está realmente apto e desenvolvido, juridicamente falando, para enfrentar e compreender as provas além de sua capacidade de interpretação e justiça.

6. Referências

ABIRACHED, Miltom. **Justiça- Chico Xavier**. Disponível em: http://gmc.globo.com/GMC/O..2465-p-MC_25.00.html. Acesso em: 28 de março de 2018.

BUONFIGLIO, Monica. 'O Que é Mediunidade?' – Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/horoscopo/esoterico/o-que-e-mediunidade,b90863337df6d310VgnCLD200000bbceeb0aRCRD.html>. Acesso em: 25 de março de 2018.

CANINI, André. 'O crime que colocou Mandaguari em destaque no noticiário nacional'. Disponível em: <http://www.portalagora.com/noticias/mostrar/pagina/34/id/46000>. Acesso em 28 de março de 2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. v. 12. São Paulo: Saraiva, 2005.

IG, São Paulo. **'IBGE: com maior rendimento e instrução, espíritas crescem 65% no País em 10 anos.'** 26 de junho de 2012 – Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-06-29/ibge-com-maior-rendimento-e-instrucao-espíritas-crescem-65-no-pais-em-10-anos.html>. Acesso em: 23 março de 2018.

KARDEC, Allan. **O Que é o Espiritismo. Tradução de J. Herculano Pires.** 26ª Edição. São Paulo; Editora LAKE, 2001.

KARDEC, Allan. **Livro de introdução ao estudo da doutrina espírita,** v.2. São Paulo: Lúmen, 1996.

KARDEC, Allan. **O livro dos médiuns.** v. 50º. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 1984.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal.** 6ª Edição. Campinas, SP. Editora BOOKSELLER, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NETTO, Santos Fiorini. 'CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS - PROCESSO PENAL'. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28563/classificacao-das-provas-processo-penal>. Acesso em: 20 de março de 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal .** 10ª Ed. 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal.** Ed. 15. Rio de Janeiro: Forense. 2016

MARCÃO, Renato. **Psicografia como Meio de Prova no Processo Penal.** Brasília. Revista Consulex, numero 229, ano X. Julho de 2006

MIGALHAS. 12 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI97055,11049-TJRS+Mantida+a+absolvicao+de+acusada+que+apresentou+carta>. Acesso em: 29 de março de 2018.

EXECUÇÃO FISCAL E MEIOS INDIRETOS DE COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

ANTÔNIO AUGUSTO SOUZA DIAS JÚNIOR:
Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando em Tributação Internacional pelo IBDT. Procurador da Fazenda Nacional em Campinas.

Os métodos de cobrança de créditos tributários utilizados no Brasil possuem características muito distintas entre si. O mais convencional é o processo de execução fiscal, regido pela Lei 6.830/80. Entre os mais recentes, pode-se falar do protesto de Certidão de Dívida Ativa, recentemente chancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

É possível ainda falar em meios “indiretos” de cobrança, que condicionam a prática de certos atos ou o exercício de uma atividade ao pagamento de tributos. Dentre estes, há o cancelamento de registro especial de fabricante de cigarros (art. 1º c/c art. 2º, II do Decreto-Lei 1.593/1977), que objetiva salvaguardar princípios da ordem econômica, como a livre concorrência e a função social da propriedade. Ainda nessa classificação, cite-se também a exigência de certidão negativa de débitos tributários, requisito exigido para a extinção das obrigações do falido (CTN, art. 191), a concessão de recuperação judicial (CTN, art. 191-A), a prolação de sentença de julgamento de partilha ou adjudicação (CTN, art. 192), e a celebração de contrato com o Poder Público ou a participação em concorrência pública (CTN, art. 193).

Fundamental para que se cumpra os objetivos desse estudo, deve-se também analisar as propostas de novos mecanismos de cobrança, como o projeto de lei relativo à transação tributária.

A execução fiscal de dívida ativa tributária

O modo mais comum e difundido da cobrança do crédito tributário no Brasil é a execução fiscal de dívida ativa tributária. Trata-se de processo judicial satisfativo de obrigação pecuniária, atualmente regido pela Lei 6.830/80.

Em que pese sua larga utilização, o atual modelo de execução fiscal encontra-se obsoleto e demanda mudanças. De acordo com relatório de pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 25,8% das execuções fiscais promovidas pela PGFN são extintas em razão do pagamento integral da dívida.^[1]

Tal número, contudo, não indica que em todos esses processos o pagamento integral da dívida ocorreu por execução forçada. Isso porque, ainda segundo a mesma pesquisa, dentro desse universo do pagamento integral, a quitação do débito em parcela única ocorre em 37,8% dos casos, sendo que o parcelamento totalmente cumprido responde por 38,8% desse mesmo universo.

Uma conclusão possível a respeito desses dados é a de que os meios expropriatórios coercitivos, em si só considerados, não possuem grande índice de efetividade na satisfação do crédito tributário.

Essa inefetividade pode ser atribuída às circunstâncias em que os créditos tributários são cobrados na execução fiscal. Muitos desses créditos são enviados para a fase de cobrança judicial após anos de se tornar exigível, o que aumenta a probabilidade de o devedor já ter encerrado suas atividades, ou mesmo de outros credores terem se antecipado e logrado êxito na expropriação do patrimônio do devedor.

Independentemente dos aperfeiçoamentos que podem ser implementados à execução fiscal, sua efetividade encontrará limites no esvaziamento do patrimônio empresarial, que pode ocorrer por meio de estratégias societárias lícitas ou até mesmo por ilícitos criminais como o de falsidade ideológica.

No mesmo sentido, Eduardo Moreira Castro:

“Se em um quarto das ações se verifica a quitação integral da dívida, na maioria delas por meio de parcelamento (38,8%), isso se deve mais às garantias do

crédito tributário constantes do CTN do que propriamente ao rito executivo fiscal. É dizer, quem paga a dívida inscrita e ajuizada o faz não por medo da execução fiscal ou porque teve bens levados a leilão, mas porque

necessita de Certidão Negativa de Débito tributário para realização de atos como o deferimento da recuperação judicial, a obtenção de um financiamento ou mesmo a celebração de contrato junto à Administração Pública. (...) A exclusividade da cobrança via execução fiscal, a nosso entender, favorece a sonegação fiscal e a evasão patrimonial, na medida em que seu sucesso depende exclusivamente da localização dos bens do executado, idôneos e suficientes à quitação integral da dívida.

Como o ordenamento jurídico não exige sequer que o capital social permaneça integralizado durante todo o período de funcionamento de uma sociedade, é natural que empresas mal intencionadas, que não precisem das supracitadas Certidões Negativas de Débitos, funcionem sem patrimônio conhecido e sem pagar tributos durante muitos anos.”^[2]

Duas ideias podem ser extraídas e fixadas das considerações anteriores: a) a cobrança do crédito tributário via execução fiscal deve ser precedida de outras alternativas mais eficazes, uma vez que a probabilidade de sucesso na expropriação patrimonial nesse processo executivo é baixa; b) uma vez ajuizada a execução fiscal, os principais limites para a expropriação do patrimônio do devedor são a não localização do devedor, geralmente por encerramento da atividade ou sucessão empresarial, ou a inexistência de patrimônio apto a satisfazer o débito.

Quanto à primeira ideia listada acima, ela será desenvolvida em outros tópicos que tratarão de outros meios de cobrança do crédito tributário, em alternativa à execução fiscal. Quanto à segunda, cumpre tecer neste momento algumas considerações.

As possibilidades de se esvaziar o patrimônio de uma sociedade empresarial são cada vez mais vastas, diante do dinamismo do mercado e da criatividade de consultorias especializadas. Tornaram-se cada vez mais comuns as “empresas de papel” (*P.O. BOX COMPANIES*) utilizadas apenas para concentrar passivos tributários e permitir o exercício da atividade substancial de um grupo econômico por outras empresas.

A forma tradicional de financiar as atividades empresariais, qual seja, o aporte de capital promovido pelos sócios, cede espaço a planejamentos arrojados. Outro modo de financiamento dá-se mediante empréstimos, que podem ser deduzidos da base de cálculo do imposto de renda de acordo com a norma do artigo 47 da Lei 4.506/1964. Há ainda os instrumentos financeiros híbridos, que possuem características de capital e de dívida ao mesmo tempo, representando uma zona cinzenta.

Roberto Quiroga Mosquera e Matheus Bertholo Piconez sintetizam da seguinte maneira:

“O financiamento das atividades de uma empresa pode ser realizado por meio de investimentos de credores ou de sócios/acionistas. Enquanto os credores possuem menor risco de não obterem o retorno fixo ao seu investimento, os sócios ou acionistas estão sujeitos à álea, dependendo da geração dos lucros para obter um retorno no investimento, que pode ser ilimitado. No meio-termo entre credores e sócios, existem sofisticados instrumentos financeiros híbridos que aliam características tanto de dívida quanto de patrimônio.”^[3]

Os modos de financiamento da empresa que divergem do capital social permitem que devedores exerçam suas atividades sem que haja um patrimônio passível de constrição compatível com sua atuação econômica e com as dívidas tributárias daí oriundas. Se somarmos a isso os devedores que ocultam patrimônio de maneira ilícita, podemos concluir que a execução fiscal deve ser tratada como uma forma de satisfação do crédito tributário complementar, que exige modelos outros que possam acompanhar o dinamismo das estratégias empresariais de evasão tributária.

Os meios indiretos de cobrança do crédito tributário

Uma vez constatada a necessidade de se aprimorar os mecanismos de satisfação do crédito tributário e a insuficiência do processo de execução fiscal para tanto, deve-se abandonar a ideia de que a cobrança de tributos se esgota nas garantias inerentes à execução fiscal.

Entender que os credores tributários estão limitados ao executivo fiscal para forçar a adimplência do tributo é subverter toda a lógica do sistema. Isso porque se emprestaria a um instrumento criado para beneficiar a Fazenda Pública (o processo de execução fiscal) o papel de justamente dificultar e limitar a cobrança do crédito tributário.

Como se sabe, o processo judicial possui sérios problemas de inefetividade, o que é comprovado cientificamente pela pesquisa citada outrora, especificamente no que diz respeito à execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Em outras searas do Direito, já de há muito são praticados meios alternativos de resolução de conflitos, tendo-se por exemplo a arbitragem, já aplicada inclusive quando se está diante de conflitos com o Poder Público (art. 23-A da Lei 8.987/1995, art. 11, III da Lei 11.079/2004, e, mais recentemente, art. 1º, § 1º da Lei 9.307/1995, incluído pela 13.129/2015). Ao se aplicar o pensamento limitador, ainda estaríamos diante da impossibilidade de se utilizar a arbitragem em querelas envolvendo a Administração Pública.

Pretender enclausurar as possibilidades de cobrança do crédito tributário na execução fiscal sob o fundamento de que este processo representa uma grande vantagem para a Fazenda Pública constitui uma falácia que não se sustenta diante das múltiplas possibilidades franqueadas aos contribuintes de ocultarem seu patrimônio e se protegerem de um processo lento e previsível.

O que se defende neste trabalho é que a execução fiscal deve ser tida como o ponto de partida para as possibilidades de cobrança do crédito tributário, sendo tal processo aquele em que o Poder Público terá eficácia mínima na obtenção de seu crédito.

Outros instrumentos, mais eficientes, devem ser largamente utilizados pela Fazenda, sob pena de se frustrar os mais básicos objetivos do Estado, diante do cenário de inefetividade da execução fiscal.

Com esse pensamento, citamos mais uma vez Eduardo Castro:

“(...) o só fato de o ordenamento jurídico já conter uma lei específica destinada a regulamentar a execução da dívida ativa tributária da Fazenda Pública não pode servir de impeditivo à promulgação de outras leis referentes à mesma matéria, não sendo razoável, portanto, que os Tribunais e a doutrina continuem a qualificar indiscriminadamente como sanções políticas as normas instituidoras de meios alternativos de cobrança de tributos.

A execução fiscal deve ser encarada como mais uma, dentre várias possíveis, garantia extraordinária do crédito tributário, garantia esta de natureza processual, sem qualquer primazia sobre outras – processuais ou não – que porventura venham a ser estabelecidas pela legislação infraconstitucional.”^[4]

É sobre esses outros instrumentos, chamados pela doutrina de meios indiretos de cobrança do crédito tributário, que se passa a discorrer a partir de agora.

Protesto de Certidão de Dívida Ativa

A Lei 9.492/1997 define o protesto como o ato formal e solene pelo qual se provam a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida (art. 1º, *caput*). A Lei 12.767/2012 inseriu o parágrafo único ao referido dispositivo para incluir entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

No âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Portaria PGFN 429/2014 disciplina a utilização do protesto extrajudicial por falta de pagamento de certidões de dívida ativa (CDA's) da União ou do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Em seu artigo 1º, estabelece que as CDAs da União e do FGTS poderão ser encaminhadas para protesto extrajudicial por falta de pagamento, no domicílio do devedor. Na redação original, a mesma portaria limitava a possibilidade do protesto às CDA's de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), tendo a Portaria PGFN 693/2015 eliminado o limite de valor.

Ainda no que diz respeito à regulamentação do protesto pela PGFN, a Portaria PGFN 396/2016 dispõe, em seu art. 10, que as CDA's dos devedores incluídos no Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos poderão ser encaminhadas para protesto extrajudicial por falta de pagamento.

A permissão de se protestar CDA's de qualquer valor vai ao encontro do princípio da igualdade, pois não se justifica que grandes devedores estejam sujeitos apenas ao rito da execução fiscal, devendo também estes devedores se submeterem a mecanismos mais eficientes de cobrança do crédito tributário.

Em que pese os questionamentos feitos sobre a constitucionalidade do protesto de CDA, o STF julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.135, tendo rechaçado a tese de que tal modelo de cobrança configuraria sanção política. Acertadamente, o STF considerou o protesto medida proporcional, já que na realidade configura meio menos gravoso que a própria execução fiscal, uma vez que o protesto não importa em penhora ou qualquer tipo de constrição patrimonial.

Diante do exposto a respeito do protesto, acreditamos ser bem-vinda alteração via lei complementar do art. 174, parágrafo único, II do CTN, para que seja incluído o protesto extrajudicial como causa de interrupção da prescrição do crédito tributário.

Execução fiscal administrativa

O que se chama de execução fiscal administrativa, objeto do projeto de lei 5.080/2009, consiste, em linhas gerais, na possibilidade de diligências patrimoniais efetuadas pelos Procuradores da Fazenda, inclusive com a possibilidade de constrição preparatória, numa fase prévia ao ajuizamento da execução fiscal perante o Judiciário.

Contra tal projeto, foi publicado um parecer^[5] de ilustres juristas acusando várias de suas disposições de inconstitucionalidade.

Insurgem-se referidos juristas principalmente contra a constrição prévia a ser efetuada no âmbito da Procuradoria da Fazenda, sob o argumento de que tal ato

deve necessariamente submeter-se ao crivo do Poder Judiciário e que haveria aí, desse modo, uma ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Em certo ponto do parecer, afirma-se que “em nosso sistema jurídico não pode haver transferência patrimonial forçada sem o crivo prévio do sempre imparcial e equidistante Poder Judiciário”.

Contudo, há um problema de estabelecimento de premissas no parecer, *data vênia*. Não se pode tratar uma constrição prévia, que segundo o próprio projeto de lei será necessariamente submetida ao Poder Judiciário, com uma “transferência patrimonial sem o crivo do Judiciário”. Essa última expressão não traduz os efeitos buscados pelo projeto de lei, pelo simples fato de que constrição prévia não pode ser tida por transferência patrimonial.

Ora, a própria lei já prevê vários casos de indisposição patrimonial por conta de circunstâncias específicas, várias delas relacionadas às garantias do crédito tributário. Tem-se, por exemplo, a relativa indisponibilidade patrimonial gerada com a fraude à execução tributária (CTN, artigo 185), independentemente de prévia cognição judicial. Também nesse caso, haverá uma **declaração** do juiz de que a transferência patrimonial é ineficaz, simplesmente pelo fato de o alienante possuir dívida tributária inscrita. Ou seja, o juiz apenas reconhecerá que o patrimônio do devedor já era indisponível antes pelo fato de haver dívida inscrita.

Além disso, a crítica também merece um contraponto pelo fato de que a separação dos Poderes não é estanque e livre de zonas cinzentas. Interferências menores no patrimônio dos particulares podem ser efetuadas pelo Poder Executivo, desde que não se configurem uma transferência patrimonial forçada (o que não existe no projeto de lei).

O próprio poder de polícia, típico poder administrativo, confirma tal assertiva. O artigo 78 do CTN, em trecho que jamais teve sua constitucionalidade questionada, é claro ao preceituar que o poder de polícia é atividade da administração pública que limita direito, interesse ou liberdade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após tratar da manifestação do poder de polícia em atos normativos, dá exemplos do poder de polícia nos

“atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.”^[6]

Ora, os Procuradores da Fazenda Nacional, carreira típica do Estado, são dotados de poder de polícia, nos termos da lei, e é exatamente a hipótese de que se trata. O projeto de lei pretende conferir aos Procuradores o exercício do poder de polícia em casos específicos. A constitucionalidade de tal propositura decorre ainda da especialíssima condição de possuir a Procuradoria o *status* de Função Essencial à Justiça.

Como se não bastasse, o artigo 131, § 1º da CF confere à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a representação da União na execução da dívida ativa de natureza tributária, sendo que a atribuição desse mister deve se dar, com respeito aos direitos fundamentais, mas também com a maior efetividade possível.

Com as razões acima, estamos convictos de que a mera constrição patrimonial prévia pela Fazenda Nacional, reservando-se a transferência patrimonial definitiva para o Poder Judiciário, está livre da mácula de inconstitucionalidade, considerando que a restrição ou limitação do direito de propriedade encontra-se inserido dentre as prerrogativas do poder de polícia e também o fato de a Advocacia Pública constituir Função Essencial à Justiça.

Tal possibilidade, aliás, vai ao encontro da tendência contemporânea de meios extrajudiciais de cobrança do crédito tributário, como se vê da prática já chancelada pelo STF do protesto de CDA.

Como bem ressalta o jurista português José Casalta Nabais:

“a solução de litígios não pode ser uma reserva absoluta dos tribunais, confundindo o sistema de justiça

com o sistema dos tribunais. Pois os países mais progressivos, com o Estado de Direito estabilizado há centenas ou várias dezenas de anos, solucionam a maior parte dos litígios, incluindo os que surgem no agitado domínio do direito dos impostos, em sede administrativa (*lato sensu*).”^[7]

Em que pese não enxergarmos vícios jurídicos quanto ao projeto, algumas observações devem ser feitas.

A primeira diz respeito à necessária inclusão no CTN, por meio de lei complementar, de previsão de que não corre a prescrição intercorrente durante o trâmite da execução fiscal administrativa.

Segundo, não se pode olvidar que a realidade atual impede o alcance dos objetivos visados pelo projeto.

Isso porque é necessário um investimento prioritário na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para que de fato as previsões do projeto sejam implementadas. E o projeto de lei em questão não foi acompanhado de nenhum estudo rigoroso sobre a alocação de recursos necessária para implementar as inovações normativas.

Como afirmou o Procurador da Fazenda Nacional José Roberto Marques Couto, “pressuposto de eficácia de qualquer modelo de gestão, a política de recursos humanos foi solenemente esquecida pelo novo modelo”^[8].

Se haverá uma transferência de atribuições outrora do Judiciário para a Fazenda Nacional, nada mais lógico que haja igualmente um correspondente incremento no orçamento do órgão que irá arcar com mais tarefas de modo mais eficiente.

Caso contrário ter-se-á uma mera “folha de papel”, como dizia Ferdinand Lassalle em relação às Constituições desprovidas de efetividade.

Terceiro, e por último, questiona-se a conveniência e oportunidade do presente projeto, diante da possibilidade de sistemas mais efetivos e menos controversos de cobrança do crédito tributário, como o investimento em tecnologia

da informação da PGFN e o protesto de certidão de dívida ativa. Deve-se, para tanto, sopesar se a implementação de uma execução fiscal administrativa não ensejaria uma reação dos contribuintes consistente na judicialização da discussão de todo e qualquer ato no âmbito deste novo modelo.

Uma alteração tão profunda no sistema de atribuições do Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça não pode ser realizada de forma irresponsável do ponto de vista da alocação de recursos orçamentários. Do mesmo modo, deve-se esgotar outras possibilidades de se conferir maior efetividade na cobrança do crédito tributário, dada a controversa e incerta efetividade da implementação da execução fiscal administrativa no Brasil.

NOTAS:

[1] CUNHA, Alexandre dos Santos *et al.* Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Brasília: Ipea; CNJ, 2011. Disponível em: (http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf). Acesso em 01/12/2016.

[2] CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. Meios Alternativos de Cobrança de Tributos como Instrumentos de Justiça Fiscal. Dissertação de Mestrado apresentada ao Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015, p. 117.

[3] MOSQUERA, Roberto Quiroga e PICONEZ, Matheus Bertholo. “Tratamento Tributário dos Instrumentos Financeiros Híbridos”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexsandro Broedel. (Coord.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (aproximações e distanciamentos). 2º Vol. São Paulo: Dialética, 2011, p. 233.

[4] CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. *Op. cit.*, p. 135.

[5] Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-oab-execucao-fiscal-admi.pdf>. Acesso em 03/12/2016.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 126.

[7] NABAIS, José Casalta. Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2008, p. 162. *Apud*: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Transação Tributária: Introdução à Justiça Fiscal. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

[8] COUTO, José Roberto Marques. Nova Lei de Execução Fiscal sobrecarregará PGFN. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-04/execucao-fiscal-administrativa-transfere-problema-judiciario-pgfn>, acesso em 24.12.2016.

MODERNOS MODELOS NEGOCIAIS: UMA EXPLANAÇÃO TEÓRICA SOBRE OS PRINCIPAIS MODELOS DE NEGÓCIO EM DESTAQUE NO MERCADO

RENÊ GABRIEL JUNIOR: MESTRANDO em GESTÃO PÚBLICA pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES Pós graduado em GESTÃO PÚBLICA pelo Instituto Federal do Espírito Santo - IFES Pós graduado em AUDITORIA pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG Graduado em DIREITO pelo Centro Universitário São Camilo - USC-ES Graduado em CIÊNCIAS CONTÁBEIS pela Faculdade de Ciências Contábeis e Administrativas de Cachoeiro de Itapemirim - ES - FACCACI AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL do Estado do Espírito Santo - SEFAZ-ES PROFESSOR do MBA em Controladoria e Finanças Públicas do Centro Universitário São Camilo - USC-ES TUTOR do Curso Disseminadores de Educação Fiscal da Escola de Administração Fazendária - ESAF.

RESUMO: Este artigo apresenta inicialmente o contexto organizacional do mercado, de forma sucinta, demonstrando a forma como as empresas relacionam-se internamente e entre si. Em seguida busca apresentar os principais modelos negociais modernos, destacando seu conceito, características, vantagens e desvantagens, impactos na gestão e momento mais propício de aplicação de cada modelo. O objetivo do conteúdo central não foi o de abordar a integralidade do assunto, mas trazer os elementos conceituais de cada modelo para que o leitor pudesse identificar com qual melhor se identifica para, a partir dessa empatia inicial, buscar os conhecimentos necessários para investir no modelo escolhido.

Palavras Chave: Investimento Anjo; Joint Venture; Private Equity; Venture Capital; Seed Capital.

ABSTRACT: At first this article shows the organizational context from market demonstrating the way the companies relate to one another and internally. Following, it tries to show the main modern negotiating models, highlighting its concepts, characteristics, advantages and disadvantages, management impacts and a better moment for implementing each model. The aim of the central content was not addressing the issue's integrality, but bringing conceptual elements from each model in order to make the reader identify which fits better for him and then go for the necessary knowledge to invest in the chosen model.

Keywords: Investment Angel; Joint Venture; Private Equity; Venture Capital; Seed Capital.

INTRODUÇÃO

As empresas são um sistema negocial aberto, que se comunicam o tempo todo com entidades e fatores externos a ela. Para Schein[1], ela é um complexo sistema social que interage com ambientes externos a ela absorvendo matérias-primas, recursos humanos, energia e informações que são transformados por meio de seu processo produtivo em produtos, mercadorias e serviços.

Uma empresa desde seu nascimento passa por diversos estágios de desenvolvimento, cada um com suas peculiaridades e características próprias. O crescimento de uma empresa depende, em cada uma de suas fases, da escolha correta do tipo de investimento que ela busca no mercado.

Segundo Malheiros[2], o sucesso do seu negócio passa pela percepção das oportunidades e atitudes que lhe cabem em dado momento. Perceber qual o investimento mais adequado ao seu estágio negocial não é uma tarefa fácil e implica uma série de fatores - conhecimento de seu negócio; identificação clara da fase negocial em que se encontra; percepção do momento econômico presente e das projeções de futuro; e, estreito estudo dos tipos de investimento disponíveis no mercado são alguns desses fatores.

Nesse momento de escolha da melhor oportunidade de investimento para o seu negócio, o gestor da empresa tem que ter a clareza que cada opção traz consigo vantagens e desvantagens, benefícios e contrapartidas e, principalmente, níveis de

risco peculiares a cada modelo. Nessa hora, saber o que se busca no mercado é crucial, pois um investimento não implica somente uma injeção financeira na empresa, mas outras interferências relevantes, como, networking, inovações em gestão e conhecimento de mercado.

Para auxiliar nessa difícil tomada de decisão sobre o melhor modelo de investimento negocial para uma empresa, explanaremos sobre algumas tendências modernas nessa área, destacando seu conceito, características, vantagens e desvantagens, impactos na gestão e o momento mais propício de aplicação de cada modelo.

INVESTIMENTO ANJO

O investimento anjo é aquele realizado por pessoa física ou jurídica, que atua individual ou coletivamente, aplicando seu capital em um negócio promissor com alta expectativa de retorno (normalmente, startups), sem se tornar sócio da empresa investida. O vínculo entre o investidor e a empresa beneficiária é instituído através de um contrato de participação onde são estabelecidos os critérios do investimento.

O investidor que atua nesse mercado é denominado anjo, pois não entra no negócio apenas com capital financeiro, mas é usual que os contratos de parceria estabeleçam uma forma de transferência de “Know-how” à empresa beneficiária. Normalmente, as empresas que recebem esse tipo de investimento são ainda incipientes, mas possuem um alto potencial de crescimento, enquanto os investidores possuem amplo conhecimento do mercado em que estão investindo e podem agregar seu conhecimento ao novo negócio de várias formas – assessoria aos gestores, aconselhamento, acompanhamento na implantação de novos projetos, ou qualquer outra forma especificada no contrato de participação.

Vale destacar que o investidor anjo não tem poder de gestão na empresa investida e, sendo assim, não tem responsabilidade sobre eventuais passivos que recaiam sobre a empresa. Sua responsabilidade e risco se limitam ao valor do capital investido. Pelo menos em tese. A legislação brasileira não oferece ao investidor anjo uma adequada proteção. E este, muitas vezes, pode ser confundido com um sócio oculto, investindo numa empresa “laranja”, o que pode trazer graves prejuízos a ele. Pois, nesta condição de fraude, o investidor pode ser considerado o real proprietário do negócio e sob ele incidir a descaracterização da pessoa jurídica

(art. 50 do Código Civil)[3] e conseqüentemente a imposição de responsabilidade ilimitada sobre a investida.

Esse risco foi minimizado pela LC 155/2016[4] com a inclusão do artigo 61-A, §4º, inciso II na LC 123/2006:

Art. 61-A. [...]

§4º [...]

II – não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o [art. 50 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil](#):[5]

Este artigo visa oferecer certa garantia ao investidor anjo para incentivar esse tipo de investimento tão benéfico à economia.

A LC 155 de 27/10/2016, com relação à inclusão dos artigos 61-A a 61-D na LC 123/2006 passou a produzir efeitos a partir de 01/01/2017 e posteriormente foi regulamentada pela Instrução Normativa RFB nº 1719 de 19/07/2017[6] que inova ao tratar explicitamente do aporte de capitais realizado pelo investidor anjo em microempresas e empresas de pequeno porte vinculadas ou não ao Simples Nacional. Essa lei é um significativo avanço para o investimento empreendedor no Brasil. Descreveremos a seguir seus principais tópicos.

O instrumento de formalização do investimento entre o investidor anjo e a empresa será o contrato de participação que não poderá exceder a 7 anos e deverá versar sobre as finalidades de fomento à inovação e investimentos produtivos. Tratando-se de um investimento característico de empresas na fase embrionária foi limitado um prazo de vigência do contrato de forma que este não se incorpore ao capital permanente da empresa, incentivando a fase de implantação e desenvolvimento da atividade empresarial.

A atividade constitutiva do objeto social da empresa será exercida unicamente pelos sócios, ou seja, administração do negócio cabe a estes, que terão a responsabilidade pelo mesmo. O investidor anjo não exercerá gerência sob o empreendimento e nem terá direito a voto na administração da empresa, isentando-

se de qualquer responsabilidade sobre o passivo da empresa, inclusive na recuperação judicial e não se aplicará a ele o art. 50 do Código Civil que trata da desconsideração da pessoa jurídica.

O investidor anjo será remunerado pelos aportes feitos a empresa na forma que descrever o contrato de participação, por um período máximo de 5 anos. E fará jus à remuneração correspondente aos resultados distribuídos em valor não superior a 50% dos lucros da empresa. O resgate do aporte de capital investido na empresa só poderá ser feito pelo investidor anjo após 2 anos ou em prazo superior estipulado pelo contrato de participação limitado ao valor investido corrigido monetariamente. A titularidade do aporte poderá ser transferida a terceiros desde que autorizada pelos sócios, salvo estipulação expressa no contrato de participação.

A tributação dos rendimentos decorrentes do aporte de capital foi disciplinada de forma regressiva pelo artigo 5º da IN 1719/2017, iniciando com a alíquota de 22,5% para participações até 180 dias e concluindo com 15% para participações superiores à 720 dias. Na prática, devido a limitação de no mínimo 2 anos para saque do aporte, estabelecido pelo artigo 61-A, §7º da LC 155/2016, a alíquota aplicável ao rendimento deste investimento será sempre de 15%. Considera-se rendimento para efeito de tributação do Imposto de Renda, tanto os rendimentos periódicos pagos sobre os resultados distribuídos quanto o ganho no resgate do aporte. Considerando que o aporte fica limitado ao valor do investimento corrigido monetariamente, este dispositivo acaba por tributar o próprio aporte, pois correção monetária não é ganho e sim atualização do valor investido.

O artigo 61-B da LC 155/2016 estabelece que a emissão e a titularidade de aportes especiais não impedem a fruição do Simples Nacional. Ou seja, esses aportes não são contabilizados como receitas da empresa para fins de enquadramento no Simples Nacional.

Além disso, foram concedidos ao investidor anjo privilégios especiais se a venda da empresa ocorrer durante vigência do contrato de participação. O investidor terá preferência na aquisição da empresa, bem como direito de venda conjunta da titularidade de seu aporte nos mesmos termos e condições que forem ofertados aos sócios.

Sem dúvida, a LC 155/2016 ao regulamentar a figura do investidor anjo foi uma iniciativa notável do poder público no sentido de desenvolver o mercado de capitais brasileiro.

JOINT VENTURE

Uma Joint Venture é uma associação entre duas ou mais empresas do mesmo ramo ou não que se unem por um período de tempo determinado para alcançarem um objetivo comum. Esse objetivo pode ser bastante diversificado, podendo ser desde uma simples parceria comercial até a constituição de um novo empreendimento oriundo da fusão dos interesses das empresas participantes em uma única empresa, não implicando na perda da personalidade jurídica das entidades participantes. O termo Joint Venture pode ser traduzido como empreendimento conjunto. E nele a identidade e a individualidade das empresas envolvidas não desaparecem.

Em um mundo globalizado como o nosso em que as empresas não mais se restringem aos mercados locais ou regionais e sim, buscam cada vez mais alcançar territórios outrora inimagináveis, é comum que elas busquem nesse trajeto aliados para atingirem os seus objetivos. O avanço tecnológico característico dos nossos dias é um vetor importantíssimo nessa aproximação global – aproxima pessoas, instituições e até mesmo nações. Nesse contexto, o modelo negocial das Joint Ventures ganha extrema notoriedade e importância.

O objetivo geral de uma Joint Venture é de fácil percepção: realizar, durante um determinado período de tempo, uma atividade visando um objetivo específico comum a ambas as partes, buscando, dentre outras motivações, o lucro. Com relação aos objetivos específicos que levam empresas a se unirem numa Joint Venture, esses podem ser diversos. Vejamos alguns mais comuns:

- Exploração do Know-how de uma empresa parceira para superar barreiras comerciais, expandir atividades ou mercados ou competir de forma mais eficiente;
- Rompimento de barreiras para chegar a mercados estrangeiros, visando à internacionalização dos negócios, buscando minimizar investimentos ou utilizar-se do conhecimento específico a respeito do novo mercado;

- Captação de recursos para investimento na exploração de atividades cujo retorno se dê em longo prazo;
- Busca de materiais, técnicas ou tecnologia para a realização ou melhoria de suas atividades.

A realização de Joint Ventures no Brasil não possui regulação legal específica, havendo necessidade de se recorrer aos princípios e normas de Direito Civil e Empresarial para regular a parceria comercial. A legislação brasileira comporta a existência das duas formas jurídicas para constituição de uma Joint Venture: a Contratual e a Societária.

A Joint Venture Contratual é aquela instituída por meio de contrato de parceria entre as partes, onde se pactua o objeto contratual, os direitos e obrigações de cada parte, eventuais causas ensejadoras de rescisão contratual, multas por rescisão unilateral imotivada contratualmente, forma de pagamento e divisão dos lucros e tudo que as partes entenderem necessário ao bom andamento da parceria.

Sob a forma contratual fica claro que o interesse dos sócios não é de transferir patrimônio ao novo empreendimento e sim combinar recursos ou esforços na constituição de um projeto comum. Nesse modelo negocial, o empreendimento contratado utiliza os recursos e ativos das empresas contratantes.

Uma Joint Venture contratual não possui personalidade jurídica própria, sendo representada pelos seus contratantes. A responsabilidade pela Joint Venture fica restrita ao que foi pactuado pelas partes, não existindo, necessariamente, solidariedade das empresas contratantes com a sociedade contratual. O amparo legal utilizado para a constituição de uma Joint Venture encontra-se nos artigos 278 e 279 da Lei 6.404/76^[7] que estabelece as regras para formação de consórcios de empresas.

Já a Joint Venture Societária caracteriza-se pela união de duas ou mais empresas com o intuito de formação de uma nova sociedade comercial com personalidade jurídica autônoma e patrimônio próprio. Ela pode ser construída sob qualquer forma societária prevista em lei, porém, a sociedade anônima é normalmente a preferida por resguardar o patrimônio dos sócios da subsidiariedade pelos débitos da entidade.

Não obstante sua constituição majoritariamente sob a forma de sociedade anônima, vale ressaltar que essencialmente a Joint Venture Societária é uma sociedade “*intuitu personae*”. Mesmo revestida sob o manto protetivo da sociedade anônima, esta sociedade, de fato, é uma sociedade de pessoas, onde os sócios se agrupam devido interesses peculiares que possuem em comum.

A Joint Venture também pode ser classificada sob um prisma econômico como: “*Equity*” ou “*Non Equity*”. Equity quando na constituição da Joint Venture há associação de capitais. E Non Equity quando não há essa associação. Normalmente, Joint Ventures Societárias são, sob o prisma econômico, Equity, enquanto as contratuais são Non Equity.

A união de empresas em uma Joint Venture apresenta diversas vantagens para os envolvidos. Dentre elas podemos identificar:

- A possibilidade de uma produção menos onerosa, onde as fases de produção podem ser divididas conforme as aptidões dos envolvidos, diminuindo custos no processo e gerando produtos mais baratos;
- Acesso a tecnologias mais avançadas, ocasionadas tanto pela transferência de know how tecnológico de uma parceira a outra quanto pela ampliação do alcance a tecnologias mais onerosas através do aumento de poder aquisitivo ocasionado pela união dos capitais;
- Maior facilidade para expansão comercial, pois pela soma das expertises de cada parceiro é possível o alcance a mercados inicialmente inatingíveis. Isso pode ocorrer tanto através da união de empresas de um mesmo ramo, ampliando seu alcance comercial, como através da união de empresas de ramos diferentes quando as atividades se complementam possibilitando maior facilidade na consecução dos objetivos.

Porém, como qualquer investimento, tem sua parcela de risco e desvantagens iminentes do ambiente negocial. Os riscos, evidentemente, são aqueles oriundos de qualquer investimento: o retorno esperado pode não ocorrer ou ocorrer de forma aquém ao estimado, ou até mesmo haver prejuízos ao invés de lucros. As desvantagens desse modelo estão mais ligadas a questões de gestão. Uma decisão a ser tomada por um empreendimento conjunto está sempre sujeita a regras rígidas

para se evitar desentendimentos entre as partes – perdendo-se, assim, a agilidade necessária a certas decisões. Divergências oriundas das diferenças na cultura organizacional de cada empresa podem ocorrer gerando atritos e desgaste na relação. E desigualdade no grau de maturidade de cada empresa pode acabar gerando desequilíbrio no cumprimento das obrigações, sobrecarregando uma das partes. Isso se evidencia principalmente quando as obrigações de cada uma das partes são de naturezas diferentes – por exemplo, uma entra com pessoal e outra com tecnologia.

Podemos citar alguns exemplos de Joint Venture relevantes próximos da nossa realidade:

A Autolatina, união das gigantes do setor automobilístico, a americana Ford e a alemã VolksWagen, em 1987, com o intuito de superar os obstáculos existentes no mercado brasileiro e tornar-se presença inigualável na América Latina. A parceria não obteve o sucesso desejado e após uma sequência de erros encerrou suas atividades em 1996[8].

A Cemig GT e a Vale que se unem em fevereiro de 2015 numa parceria que deu origem a Aliança Geração de Energia S/A. A nova empresa já nasce gigante, detentora de sete usinas de geração de energia no Estado de Minas Gerais.[9] E atualmente já conta também com o Complexo Eólico Santo Inácio, localizado em Icapuí, no Ceará, que entrou em operação em dezembro de 2017[10].

A Joint Venture contratual formada pela Unilever Brasil e a Perdigão, em 2007, para gestão das marcas Becel e Becel ProActiv no mercado brasileiro. Nessa parceria a Unilever licencia as marcas envolvidas no contrato e desenvolve novas linhas utilizando os produtos, além de fornecer tecnologia em alimentos voltados à saúde cardiovascular e a Perdigão disponibiliza sua estrutura de produção, venda e distribuição.[11]

No cenário internacional temos vários exemplos de Joint Ventures significativos, com destaque para o setor petrolífero que devido aos vultuosos valores de suas operações se utiliza de empreendimentos conjuntos de forma a viabilizar suas atividades. Podemos citar como exemplo a ARAMCO, formada pela Chevron e a Texaco com a finalidade de localizar e produzir petróleo na Arábia Saudita. E o Projeto Hibernia, formado pela Chevron, Mobil, Gulf e a Petro-

Canadá para desenvolver e produzir petróleo no campo de Hibernia, no Canadá.^[12]

FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES

Os Fundos de Investimento em Participações é uma modalidade de investimento, que ganha relevância nos EUA na década de 80 com o Private Equity, na qual um investidor financia a compra de parte de uma empresa, tornando-se sócio da mesma, objetivando alavancar os resultados da investida para aumentar seu valor no mercado e posteriormente negociar sua participação na sociedade obtendo lucro. Esse é um mercado ainda discreto no Brasil, mas que vem crescendo significativamente. Esse tipo de investimento vai variar de acordo com a característica da empresa em que se pretende investir.

Esse tipo de investimento é intermediado por uma administradora de investimento que é responsável pela seleção das empresas que receberam os recursos. Após a fase inicial de seleção das empresas, estas são submetidas à avaliação do comitê de investimento do fundo. Vencida essa fase, inicia-se o processo de negociação da participação dos novos sócios entre os empreendedores e os membros do fundo de investimento. É nesse momento que são estabelecidas as regras de funcionamento da nova sociedade, o valor atual da empresa (normalmente fixado por uma auditoria) e a participação do fundo no negócio.

É muito importante ressaltar que nos fundos de participação os investidores tornam-se sócios da empresa, participando ativamente da gestão da mesma. Essa é uma das características fundamentais deste tipo de investimento. Não é raro esse tipo de fundo ser específico para determinado ramo de negócios, pois afinal, o fundo se tornará também gestor do negócio e essa gestão deverá ser exercida por especialistas no ramo.

As formas como esses fundos se apresentam são:

Private Equity

O Private Equity é o tipo de fundo que busca fazer investimento em empresas de maior porte já estabelecidas estavelmente no mercado. Normalmente Sociedades Anônimas Fechadas ou empresas na fase de transição para o mercado de capitais e que buscam recursos e know how para suplantar essa etapa.

A forma de investimento em Private Equity se dá, normalmente, pela compra de participação acionária da investida (ações, debêntures conversíveis em ações ou não ou bônus de subscrição). Quando a empresa ainda não faz parte do mercado de capitais, essa transformação precede a conclusão do negócio.

O investimento feito num Private Equity é de alto valor financeiro. Exige-se para investir nesse tipo de fundo que os investidores sejam qualificados conforme regras da Instrução CVM nº 539/13[13] que exige para qualificação valores superiores a 1 milhão de reais. Por esse motivo o perfil dos investidores é bastante restrito, restringindo-se a investidores profissionais como fundos de pensão, investidores internacionais, bancos, family offices, agências de fomento, bancos de investimento ou grandes empresas que desejem diversificar seus investimentos.

Os investimentos em Private Equity são de longo prazo e baixíssima liquidez. Normalmente seus prazos são superiores a 10 anos e não podem ser resgatados antes do prazo mínimos fixado. Isso se deve ao fato de ser uma aplicação destinada ao crescimento de uma empresa, o que necessita de um razoável período de maturação do negócio para que ocorra.

Como todo investimento, o Private Equity apresenta risco negocial. Como o investimento é feito em uma empresa, esta se sujeita a todos os riscos comerciais convencionais. Portanto, a transição de patamar da empresa pode obter sucesso ou não, a empresa pode não dar o retorno desejado pelo investidor ou até mesmo quebrar. É um investimento de alto risco. Os Fundos de Investimento adotam a prática da diversificação dos investimentos para minimizar este risco. Com a diversificação ocorre a variação dos resultados das empresas envolvidas no Private Equity. Enquanto, aproximadamente, um terço das empresas envolvidas no negócio apresentará resultado negativo, outro terço apresentará resultados dentro de um padrão de retorno mediano e um terço apresentará resultados positivos significativos, compensando os demais resultados.

A tributação dos Fundos de Private Equity, para investidores residentes no Brasil, é de 15% de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre quaisquer ganhos obtidos na venda ou resgate das quotas de participação no Fundo.[14]

Um exemplo de sucesso de Private Equity recente é o da empresa Beleza Natural. Que ao se unir com a GP Investimentos deu um salto no seu negócio

passando de pequeno empreendimento promissor a uma das maiores lideranças no segmento de beleza[15].

Venture Capital

O Venture Capital é um Fundo de Investimento em Participações destinado a empresas de pequeno e médio porte, com pouco tempo de existência e com expectativas de rápido crescimento e elevada rentabilidade. Também é conhecido como Capital Empreendedor ou Capital Inteligente. O investimento em Venture Capital ocorre por meio da aquisição de ações ou direitos de participação. As demais características desse fundo são similares ao Private Equity.

Seed Capital

O Seed Capital ou Capital Semente, como também é chamado, é o investimento feito na fase inicial ou mesmo pré-operacional da empresa. Seu objetivo é tirar uma grande ideia da fase de projeto ou auxiliá-la nos primeiros passos. As empresas objeto do Seed Capital são aquelas com projetos inovadores, normalmente ligados à área de tecnologia, e que apresentam expectativa de grande sucesso, crescimento rápido e alto retorno ao investidor.

Esse tipo de investimento é o que exige maior atenção dos gestores de fundo na sua fase de seleção, devido ao alto grau de risco que apresentam. Entre as três modalidades de Fundo de Investimento em Participações é a de maior risco por se tratar de aplicação de recursos em um projeto ou empresa ainda na fase inicial de atividade. Segundo Oliva Afonso, “De cada mil projetos analisados, cerca de dez são selecionados para a segunda etapa, que será a apresentação da empresa ao comitê de investimento do fundo.[...]”[16]

CONCLUSÃO

Em nosso trabalho buscamos discorrer de forma sucinta sobre os principais modelos de investimentos modernos destinados as empresas. Trouxemos as características principais de cada um deles, alguns exemplos, forma de tributação e as características das empresas para se beneficiarem de cada um deles.

O Investimento Anjo, as Joint Ventures e os Fundos de Investimento em Participações como Private Equity, Venture Capital e Seed Capital foram o foco do

nosso trabalho. Não buscamos com este artigo esgotar a totalidade do tema, mas apenas trazer os elementos principais de cada modalidade, visando subsidiar o futuro investidor a verificar em qual perfil se enquadra para aprofundar seus estudos neste tópico.

REFERÊNCIAS:

ALIANÇA. Projeto Eólico Santo Inácio. **Site da Aliança**. Belo Horizonte, MG, jan. 2018. Disponível em: <<http://aliancaenergia.com.br/br/projeto-eolico-santo-inacio/>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

ALONSO, Oliva. Saiba o que são Private Equity, Venture Capital e Capital Semente. **Brasil Econômico**, São Paulo, 10 set 2010. Seção Mercados. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/mercados/saiba-o-que-sao-private-equity-venture-capital-e-capital-semente/n1237772600206.html>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

ALVES, Clarissa Brandão. Joint Ventures Internacionais da Indústria do Petróleo. In GUERRA, Sidney e FERREIRA JR, Lier Pires (Coord.). **Direito Internacional Ambiental e do Petróleo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 173-192.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1719, de 19 de julho de 2017. Dispõe sobre a tributação relacionada às operações de aporte de capital de que trata o art. 61-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 jul. 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=84618>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nº 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 out. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Intitui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRF. Unilever e Perdigão Anunciam Aliança Estratégica. **Site da BRF**, São Paulo, SP, 25 jun. 2007. Disponível em: <http://ri.brf-global.com/conteudo_pt.asp?idioma=0&tipo=52142&conta=28&id=195767>. Acesso em: 17 mar 2018.

CAMARGO, Renata Freitas de. Fundos de investimento Private Equity e Venture Capital: um deles pode ser ideal para sua empresa. **Site da Treasy Planejamento e Controladoria**, Joinville – SC, 15 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.treasy.com.br/blog/private-equity-e-venture-capital/>>. Acesso em 25 mar 2018.

CEMIG. Cemig e Vale Criam Nova Empresa de Energia. **Site da CEMIG**. Belo Horizonte, MG, 27 fev. 2015. Disponível em: <http://www.cemig.com.br/sites/Imprensa/pt-br/Paginas/Alianca_Geracao_Cemig.aspx> Acesso em: 17 mar 2018.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução CMV nº 539, de 13 de novembro de 2013. Dispõe sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente. **Site da CMV**, Rio de Janeiro, RJ, 13 nov. 2013. Disponível em: <file:///D:/Usuario/Downloads/inst539consolid.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

ENDEAVOR BRASIL. **Private Equity: uma oportunidade para você crescer sua empresa**. São Paulo, SP, 15 jul. 2015. Disponível em: <https://endeavor.org.br/private-equity/>. Acesso em: 25 mar. 2018.

MALHEIROS, Manuela. O melhor tipo de investimento para o seu negócio. **Revista Exame online**, São Paulo, 14 fev 2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/pme/o-melhor-tipo-de-investimento-para-o-seu-negocio/> Acesso em 27 fev. 2018.

MIRANDA, Maria Bernadete. As Maiores Joint Ventures no Brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**, Volume 5, nº 2, São Paulo, SP, 2011. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav52/ensaios/JV.pdf>. Acesso em 10 mar. 2018.

NAKAGAWA, Masayuki. **Introdução à controladoria**: conceitos, sistemas, implementação. Ed. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

POSSAMAI, Cleide Tirana Nunes; AMAL, Mohamed. **AUTOLATINA: uma parceria internacional fracassada**. Maiêutica Cursos de Gestão, São Paulo, SP, 2017. Disponível em: <https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/GESTAO_EaD/article/viewFile/1712/826> Acesso em: 17 mar. 2018.

XIMENES, Ângela. **Estrutura Legal dos fundos de Private Equity e Venture Capital no Brasil**. ABVCAP, São Paulo, SP, mar. 2015. Disponível em: <http://www.abvcap.com.br/Download/Estudos/2727.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018.

NOTAS:

[1] SCHEIN, 1987, apud NAKAGAWA, Masayuki. **Introdução à controladoria**: conceitos, sistemas, implementação. Ed. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

[2] MALHEIROS, Manuela. O melhor tipo de investimento para o seu negócio. **Revista Exame on line**, São Paulo, 14 fev 2014. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/pme/o-melhor-tipo-de-investimento-para-o-seu-negocio/>>. Acesso em 27 fev. 2018.

[3] BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Intitui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

[4] BRASIL. Lei Complementar 155, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nº 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 out. 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

[5] BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

[6] BRASIL. Instrução Normativa RFB Nº 1719, de 19 de julho de 2017. Dispõe sobre a tributação relacionada às operações de aporte de capital de que trata o art. 61-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 jul. 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=84618>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

[7] BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[8] POSSAMAI, Cleide Tirana Nunes; AMAL, Mohamed. **AUTOLATINA: uma parceria internacional fracassada**. Maiêutica Cursos de Gestão, São Paulo, SP, 2017. Disponível em: <https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/GESTAO_EaD/article/viewFile/1712/826> Acesso em: 17 mar. 2018.

[9] CEMIG. Cemig e Vale Criam Nova Empresa de Energia. **Site da CEMIG**. Belo Horizonte, MG, 27 fev. 2015. Disponível em: <http://www.cemig.com.br/sites/Imprensa/pt-br/Paginas/Alianca_Geracao_Cemig.aspx> Acesso em: 17 mar 2018.

[10] ALIANÇA. Projeto Eólico Santo Inácio. **Site da Aliança**. Belo Horizonte, MG, jan. 2018. Disponível em: <<http://aliancaenergia.com.br/br/projeto-eolico-santo-inacio/>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

[11] BRF. Unilever e Perdigão Anunciam Aliança Estratégica. **Site da BRF**, São Paulo, SP, 25 jun. 2007. Disponível em: <http://ri.brf-global.com/conteudo_pt.asp?idioma=0&tipo=52142&conta=28&id=195767>. Acesso em: 17 mar 2018.

[12] ALVES, Clarissa Brandão. Joint Ventures Internacionais da Indústria do Petróleo. In GUERRA, Sidney e FERREIRA JR, Lier Pires (Coord.). **Direito Internacional Ambiental e do Petróleo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 173-192.

[13] COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução CMV nº 539, de 13 de novembro de 2013. Dispõe sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente. **Site da CMV**, Rio de Janeiro, RJ, 13 nov. 2013. Disponível em: <<file:///D:/Usuario/Downloads/inst539consolid.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

[14] XIMENES, Ângela. **Estrutura Legal dos fundos de Private Equity e Venture Capital no Brasil**. ABVCAP, São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.abvcap.com.br/Download/Estudos/2727.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

[15] ENDEAVOR BRASIL. **Private Equity: uma oportunidade para você crescer sua empresa**. São Paulo, SP, 15 jul. 2015. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/private-equity/>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

[16] ALONSO, Oliva. Saiba o que são Private Equity, Venture Capital e Capital Semente. **Brasil Econômico**, São Paulo, 10 set 2010. Seção Mercados. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/mercados/saiba-o-que-sao-private-equity-venture-capital-e-capital-semente/n1237772600206.html>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JOSÉ FELIPPE RANGEL DA SILVA:
Graduado em Direito pela PUC-RJ.
Especialista em Direito Público pela UCP-RJ.
Servidor público federal.

RESUMO: O presente artigo disserta acerca da prestação dos serviços públicos e tem como finalidade demonstrar que devem estar voltados ao bem público. Busca-se atrelar a prestação dos serviços públicos tanto executados de forma direta ou indireta à observância prática do postulado da dignidade máxima da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Prestação de Serviços Públicos. Execução Direta. Execução Indireta. Exploração direta da atividade econômica pelo Estado.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A noção de serviço público é vinculada à concretização dos direitos fundamentais. Desse modo, a prestação dos serviços públicos deve ser voltada para tal fim.

Ressalta-se que a prestação do serviço público pode ser direta ou indireta e ser delegada ou outorgada. Outrossim, o Estado também pode explorar diretamente econômica.

2. Desenvolvimento

A titularidade dos serviços públicos é do Estado. Entretanto, estes podem ser executados direta ou indiretamente.

A execução direta ocorre quando o Estado presta diretamente os serviços públicos, através dos órgãos que compõem a estrutura da pessoa jurídica prestadora que podem ser a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios. Tais

órgãos compõem a chamada administração centralizada, chamada de administração direta, de acordo com o artigo 4º do Decreto-lei 200/67, que também versa sobre a administração indireta, “in verbis”:

Art. 4º - A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade”.

Já a prestação indireta, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

É aquela em que a execução de serviços públicos se faz por outorga legal ou delegação, respectivamente a entes administrativos de direito público de natureza autárquica ou a entes administrativos de direito privado, que poderão ser, nesta hipótese, tanto entes paraestatais como particulares, sempre dependendo de lei, da entidade política titular da competência instituidora, que deverá promover a outorga, a delegação ou autorizar a delegação,

prevendo, nos dois últimos casos, atos complexos ou unilaterais.^[1]

Cabe lembrar que ao longo dos tempos diversos modelos de Estado foram adotados, tais como o “Estado de bem estar social” ou o “Estado Liberal”. Conforme o modelo de Estado aplicado, varia, em larga escala, a intervenção estatal no domínio econômico.

Neste contexto, a idéia de exploração direta da atividade econômica pelo Estado é diferente da prestação direta ou da delegação (prestação indireta) do serviço público. Assim, não é repetitivo lembrar que a prestação de serviço público, tanto a direta quanto a indireta, pelo Estado é nada mais que a finalidade do Estado, ou seja, sua principal razão de existência, enquanto a exploração de atividade econômica pelo Estado, só é válida nos termos do “caput” do artigo 173 da CRFB, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Vale lembrar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, em regra, não podem gozar de privilégios fiscais não extensíveis à iniciativa privada.

São esclarecedores os ensinamentos de Eros Roberto Grau:

Como tenho observado, inexistem, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público? pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. Em texto anterior averbe: A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o serviço público (espécie) é um tipo de atividade econômica (gênero). Serviço público é o tipo de atividade econômica

cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado.[2]

Outrossim, de acordo com o princípio do paralelismo das formas, a lei outorga a uma entidade estatal, a titularidade do serviço público e somente por lei se admite a mudança da titularidade. Já em relação aos serviços delegados ocorre transferência da execução do serviço público por contrato ou ato negocial.

Ressalta-se que Sociedades de Economia Mista ou Empresas Públicas, quando constituídas por este fim, recebem a titularidade do serviço público. Porém, também podem ser apenas executoras dos serviços que lhe sejam transferidos, quando, por exemplo, celebram contrato de concessão.

Em síntese, vale transcrever os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

Quando o Estado tem a seu cargo os serviços públicos a serem executados em prol da coletividade, desempenha, nesse caso, uma gestão direta dessas atividades. Ocorre, porém, que freqüentemente delega a outras pessoas a prestação daqueles serviços, gerando, por conseguinte, o sistema da descentralização dos serviços. Quando se trata de pessoas integrantes da própria Administração, a descentralização enseja a delegação legal, ao contrário do que acontece quando a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a delegação negocial.[3]

3. Conclusão

Conclui-se, como visto, que a prestação do serviço público pode ser direta ou indireta, ser delegada ou outorgada, além de o Estado poder explorar

diretamente econômica nos termos do art 173 da CRFB/88. Entretanto, independentemente da forma, toda a atuação da Administração Pública deve ter como escopo o “bem público”, sempre fulcrada na máxima efetividade dos direitos fundamentais, concretizando-se, assim, um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

4. Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NOTAS:

[1] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit., p.423

[2] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 94.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p.393.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE DA PESSOA PÚBLICA

BRYENDA FERREIRA ARAÚJO OLIVEIRA: Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Palmas - TO.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora)[1]

RESUMO: No ordenamento jurídico pátrio os direitos fundamentais à privacidade, à honra e à intimidade foram garantidos de forma expressa no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, em sentido amplo os indivíduos possuem direito público subjetivo de evitar que sua vida privada seja exposta. Neste sentido o presente artigo trata do direito ao esquecimento, analisando o tema à luz do Estado Democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de informação, discorrendo sobre o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade da pessoa pública. Para se alcançar os objetivos propostos foi utilizada a pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base em materiais já publicados sobre o assunto em livros, revistas, jornais, internet, e legislações pertinentes.

PALAVRAS CHAVE: Direito ao esquecimento, Liberdade de informação, direito a intimidade, conflito de normas.

ABSTRACT: In the legal order of the country, the fundamental rights to privacy, honor and intimacy were expressly guaranteed in article 5, item X, of the Constitution of the Republic of 1988, in the broad sense individuals have a subjective public right to prevent their private life from being exposed. In this sense, this article deals with the right to forgetfulness, analyzing the subject in the light of the Democratic State of Law, the principle of the dignity of the human person and freedom of information, discussing the conflict between freedom of expression and the right to privacy public person In order to reach the proposed objectives, a bibliographic research was developed, based on material already

published on the subject in books, magazines, newspapers, internet, legislation relevant to the subject.

KEY-WORD: Right to forgetfulness, Freedom of information, right to privacy, conflict of laws.

Sumário: 1. Introdução – 2. Evolução do direito ao esquecimento: 3. O direito da personalidade e o direito a informação analisados a luz da constituição de 1988: 4. Direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro: 5. Liberdade de expressão versus a inviolabilidade da vida privada, a colisão entre direitos fundamentais: 6. O direito ao esquecimento na jurisprudência brasileira: 6.1 Caso Candelária: 6.2 Caso Aída Curi: 7. A aplicação do direito ao esquecimento á pessoa pública: 8. Considerações finais. 9. Referências.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa aborda um tema bastante discutido atualmente no mundo jurídico que é a “Direito ao esquecimento” neste caso, com enfoque no conflito entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade da pessoa pública. A sociedade está eternamente em evolução, às transformações no direito tendem particularmente a acompanhar este cenário de mudanças. Essas modificações são determinadas por uma revolução tecnológica, onde nos últimos anos trouxe novas ferramentas de comunicação, e que as informações aceleram a notícia, mais do que os outros tipos de meios já existentes, está em questão, à internet.

É neste sentido que a sociedade começa a repensar e discutir uma nova sistemática jurídica que acompanhe as necessidades de harmonização de alguns eventuais conflitos, que terão bastante pertinência na discussão deste trabalho, que se insere como objeto de estudo, a problemática da liberdade de expressão em detrimento da inviolabilidade da vida privada na questão do direito ao esquecimento.

Com o estudo, percebe-se que a discussão começou a ter bastante enfoque após aprovação do enunciado nº 531 do Conselho Nacional de Justiça que incluiu o direito ao esquecimento na tutela de dignidade da pessoa humana, assim como das

decisões dos ministros do Superior Tribunal de Justiça em relação ao direito à vida privada, a liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana.

Com os objetivos de apresentar a evolução histórica do direito ao esquecimento; determinar a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro; demonstrar os fundamentos dos julgados do tema em questão; discutir o direito ao esquecimento e o conflito entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade da vida privada, bem como, analisar o direito da personalidade e o direito à informação. O estudo em questão justifica-se pela necessidade de se promover uma melhor compreensão, visto que, foi reconhecida a possibilidade da proteção do direito ao esquecimento no nosso ordenamento jurídico pelo enunciado nº 531 na VI Jornada de Direito Civil “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, mesmo que não tenha força cogente, ela traz uma grande relevância para discussões, sendo que se trata de uma orientação doutrinária.

Nesta pesquisa pretende-se dar resposta à seguinte questão: é possível haver uma prevalência entre a liberdade de expressão em detrimento da inviolabilidade da vida privada?

No que se refere aos procedimentos metodológicos, o artigo apresentado baseia-se num estudo com abordagem qualitativa, uma vez que se incentivou o encontro entre as informações e evidências coletadas sobre o assunto, além dos conhecimentos teóricos acumulados a respeito dos mesmos.

Segundo MINAYO (1996), a pesquisa qualitativa responde questões particulares, pois ela se preocupa com ciências sociais, que com um nível de realidade não pode ser quantificado, ou seja, trabalha com um universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes.

Quanto aos meios, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, segundo CERVO (2007) a pesquisa bibliográfica busca explicar um problema a partir de referências teóricas já publicadas em artigos, livros, dissertações e teses. Pode ser independente ou parte da pesquisa descritiva.

Por meio do levantamento bibliográfico obteve-se um referencial teórico mais amplo, tornando possível a análise e interpretação das questões abordadas nesta pesquisa.

Para que seja possível melhor compreensão, será analisada a questão histórica deste direito e suas peculiaridades, como ele é abordado no ordenamento jurídico e a forma como a Constituição Federal estabelece a questão da liberdade de expressão e sua atuação e bem como também a dignidade da pessoa humana. Sendo analisado também na forma doutrinária o conflito aparente entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, considerados ambos direitos fundamentais, bem como também aplicabilidade desse direito a pessoa pública segundo a jurisprudência.

Nas considerações finais, longe de esgotar as discussões sobre a temática em questão, faz-se uma condensação do tema à luz do Estado Democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de informação, discorrendo sobre a necessidade de ponderação entre a liberdade de expressão/informação e a privacidade, a honra e a intimidade.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A forma como as informações são adquiridas facilmente através de uma simples pesquisa em uma ferramenta de busca tem trazido grandes debates pela grande exposição midiática e cibernética, é neste sentido que o Direito ao Esquecimento que tem como fundamento a preservação da honra, intimidade e da vida privada, dentre outros direitos da personalidade, vem se estabelecendo no ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, a sociedade contemporânea adquiriu a titulação de sociedade digital, levando isso em conta à socialização das pessoas no cotidiano tem evoluído no passar dos anos e a tecnologia tem proporcionado maior comunicação entre a população, facilitando a conversação no ambiente digital com pessoas do mundo inteiro, é nesse interim que está havendo uma rápida disseminação de informações através da internet, pois a cada dia o ambiente virtual tem cativado cada vez mais os utilizadores desta ferramenta, é neste sentido que expõe Rodrigues (2010): “A sociedade deixou, portanto, de ser aquele conjunto físico de indivíduos no

momento em que se associou a ela o termo “digital”, ainda que este não seja concretamente definível no tempo nem no espaço”.

É evidente dizer que a internet trouxe inúmeras vantagens e conquistas na área da informação, no entanto por outro lado ela vem também ocasionando excessiva exposição a seus usuários, possibilitando que situações pretéritas consolidadas no “mundo real” possam ser rememoradas, assim atingindo por consequência os personagens envolvidos nos episódios. Em que pese os avanços quanto à velocidade, armazenamento e acesso da informação, a segurança e proteção individual desta não receberam a devida atenção até o presente momento. Por meio da Internet é possível que se encontrem dados de caráter pessoal de qualquer usuário, inexistindo qualquer espécie de controle satisfatório (MARTINEZ, 2014).

Deste modo uma informação que antes demorava muito para ser adquirida, nos dias de hoje com a internet é em questão de segundos, facilmente e por qualquer usuário. A excessiva possibilidade de difusão de informações pretéritas, somada à capacidade ilimitada de armazenamento de dados na rede, deu origem a um novo campo de proteção jurídica, qual seja, a memória individual. Aspecto integrante da dignidade humana, que não pode ser fragmentada do indivíduo, a proteção da memória individual se consubstancia no denominado direito ao esquecimento (MARTINEZ, 2014).

Historicamente esse direito teve seu início no âmbito das condenações criminais, tendo como exemplo um julgamento de grande repercussão na década de 70, o caso Lebach, originário da jurisprudência alemã, foi uma reclamação decidida pelo Tribunal Constitucional desse país em 5 de junho de 1973, onde se discutia o conflito entre liberdade de imprensa e afronta aos direitos da personalidade, que proibiu a exibição de um documentário sobre um latrocínio ocorrido na cidade de Lebach, no caso em questão foi concedida tutela inibitória para impedir a transmissão de programa de televisão que tratava de pessoa que estava às vésperas de ser libertado, pois, os julgadores entenderam haver violação ao direito de desenvolvimento da personalidade do condenado (MARTINEZ, 2014).

Apesar de não ser a única decisão que possa ser invocada, o ‘Caso Lebach’, é um dos mais relevantes, ao se falar do contexto histórico, uma vez que conserva

estreita relação com os julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o tema do direito ao esquecimento.

Desta forma, o tema em questão teve seu prelúdio na área criminal, tendo conexões com diversas áreas, como a neurociência (memória) e filosofia (tempo) e se vinculando com o direito civil (responsabilidade civil) e direito constitucional (colisão entre princípios). Casos célebres ocorridos em outras partes do mundo dão conta de que a temática é discutida há décadas (SOUZA, 2014).

2. O DIREITO DA PERSONALIDADE E O DIREITO A INFORMAÇÃO ANALISADOS A LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O artigo 5º da Constituição Federal institui os direitos e garantias para proteção do desenvolvimento da pessoa com fundamento na ética da dignidade da pessoa humana. O inciso X deste artigo prevê a proteção ao direito à intimidade como um dos mais fundamentais ao ser humano, o íntimo pessoal é essencial para proporcionar a cada indivíduo uma vida digna perante a sociedade.

A dignidade da pessoa humana é um dos essenciais princípios fundamentais da atual Constituição da Brasileira, previsto em seu artigo 1º, III, defende e garante os direitos iniciais da própria pessoa.

Maria Helena Diniz define os direitos da personalidade como direitos:

Subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) a sua integridade moral (honra, recato ou intimidade, segredo pessoal, doméstico e profissional, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Dos direitos decorrentes da personalidade, os que se mostram relacionadas intimamente ao tema direito ao esquecimento são o direito a intimidade e o direito à vida privada, sendo que as esferas são diversas, mas que compreendem em um conceito mais amplo: a inviolabilidade da vida privada, em outras palavras, o direito à privacidade.

Uma das consequências da consagração da dignidade da pessoa humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, constitui o seu principal objetivo, devendo sempre haver, na relação entre o indivíduo e o Estado, uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade, entende NOVELINO (2007).

Desse reconhecimento jurídico, pode-se afirmar que decorre a tutela dos denominados direitos constitucionais da personalidade, os quais configuram um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada ser humano, relacionados à sua vida, saúde e integridade física, honra, liberdades física e psicológica, imagem, nome e reserva sobre a intimidade de sua vida privada.

Nos artigos 5º (incisos IV e IX) da Constituição Federal é assegurado e melhor compreendido o direito a liberdade de expressão, bem como de informação e pensamento, estabelecendo a garantia de igualdade a todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aos brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade do direito à liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, sendo livre a manifestação do pensamento, apenas vedado o anonimato; onde ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política; e também é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

A manifestação do pensamento que está elencada no art. 220 da Constituição Federal, traz que a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, assim sendo vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

O direito à informação passou a ser assegurada pela Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais, como os direitos, à intimidade, dignidade da pessoa humana, a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, a livre expressão de atividades intelectuais, entre outros. Dessa forma garantindo de forma clara o direito de informar e ser informado.

É evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites no próprio texto constitucional. A Constituição Federal admite restrição à liberdade de comunicação, consoante se verifica em seu art. 220, § 1º, onde se verifica que

nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2005), a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio e sem dependência de censura, assim o direito à informação é um direito individual consagrado na Constituição Federal, que também resguarda o direito ao sigilo da fonte.

Contudo, perante inúmeros meios de comunicação, que geram muitas vezes um total descontrole da informação, deve-se tentar evitar possíveis conflitos com os intitulados direitos e garantias fundamentais. Muito embora a liberdade de imprensa tenha que ser resguardada, ela não pode ultrapassar determinados limites a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com o intuito de regular a vida em sociedade, objetivando a proteção dos bens jurídicos, a pacificação e a viabilidade social, o direito se vale de regras e princípios, nos quais, grande maioria foi concebida para a caracterização da natureza humana e a estruturação do Estado. São direitos fundamentais e inerentes à natureza da pessoa humana, sem os quais esta não se realiza; direitos que concernem à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança, à propriedade; que viabilizam uma convivência digna, livre e igual dentro da sociedade (SILVA, 2005).

No ordenamento jurídico pátrio, os direitos são concebidos pela doutrina em diversas expressões para designá-los, tais como “direitos públicos subjetivos”, “direitos do homem”, “liberdade públicas”, “direitos humanos (SILVA, 2005), estando estes positivados, de forma não exaustiva, ao longo do texto da Constituição Federal, concentrados, em sua maioria, no rol do artigo 5º.

No que se refere à discussão da aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio, de um lado temos o Direito à Informação atrelada ao princípio da liberdade de expressão, e do outro lado, temos o Direito ao

Esquecimento, consubstanciado pelos Direitos da Personalidade, quais sejam, o direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada, estes vinculados diretamente à realização do mandamento jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. Em síntese, trata-se do conflito entre a Informação versus a vida privada, na frágil divisão que separa o público do privado.

Segundo o Conselho da Justiça Federal, o direito de ser esquecido teria nascido no âmbito das condenações criminais, sendo mais que certo que aquele cidadão que cumpriu uma pena em face de um ilícito cometido não pode ser eternamente punido, até porque isso contrária, ao menos nacionalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual veda a aplicação de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b), de modo que os registros da condenação não devem se perpetuar além do tempo da punição. Seria essa uma importante parcela do direito à ressocialização do ex-detento, por exemplo, (CJF, 1988).

Na conjuntura atual do novo paradigma sócio técnico, a temática do direito ao esquecimento está em pauta tanto na doutrina e jurisprudência pátria quanto na estrangeira, vem ganhando força na doutrina jurídica. Nesse sentido, em março de 2013, em um campo de discussão doutrinária, foi aprovado o enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federa (CJE/CJF) cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Os enunciados constituem uma grande força doutrinária, caracterizando uma relevante referência em decisões sobre o tema em questão, uma vez que a

jornada de direito civil conta com a presença de juízes, defensores, membros do Ministério Público, advogados, juristas, os mais importantes professores de direito civil e autores de livros e trabalhos doutrinários do Brasil e do exterior.

O vetor máximo do processo interpretativo do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana, sendo valor fundamental da estrutura constitucional. Dessa forma norteia as decisões que incidem sobre direitos fundamentais, servindo tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo.

Nessa perspectiva, salienta o ilustre Ministro Luis Felipe Salomão: “a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 88, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto (BRASIL, 2015).”.

Assim, por expressa disposição constitucional, os indivíduos possuem direito público subjetivo de evitar que sua vida privada seja exposta. Em síntese, no Brasil todos os indivíduos têm assegurado constitucionalmente os direitos à privacidade, à honra e à intimidade, sendo, pois, vedada aos demais a prática de qualquer conduta ofensiva a tais direitos, inclusive a divulgação de informações.

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS A INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA, A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A discussão quanto ao direito ao esquecimento envolve um conflito aparente entre a liberdade de informação e expressão, assim como à liberdade de imprensa, de um lado, e os atributos da personalidade humana, tais como a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, sem mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte no conflito de interesses entre o direito à informação e o direito à privacidade, escorado, este último, pelo chamado direito ao esquecimento – o princípio da proporcionalidade revela-se como ferramenta essencial para o seu

justo desate. Neste mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam que:

Em casos tais (colisão de direitos da personalidade e liberdade de imprensa), é certa e incontroversa a inexistência de qualquer hierarquia, merecendo, ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental. Impõe-se, então, o uso da técnica de ponderação dos interesses, buscando averiguar, no caso concreto qual o interesse que sobrepuja, na proteção da dignidade humana. Impõe-se investigar qual o direito que possui maior amplitude casuisticamente. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 160).

Ao se tratar de conflitos entre princípios, a entendimento de Edilson Pereira de Farias (1996, p. 96):

A “colisão de princípios”, ao revés de conflito de regras, tem lugar na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico [...], vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.

Nesse delinear, devido ao fato do direito ao esquecimento poder ser aplicado penalmente e civilmente, poderá esbarrar a múltiplas personalidades como é o caso de personalidades públicas, anônimos, políticos, dentre outros, sendo fundamental a análise também mediante a ponderação de valores e circunstâncias do caso concreto.

Ao se tratar do conflito entre os dois direitos fundamentais, é possível dizer que estes não têm caráter absoluto, o Ministro Luis Felipe Salomão afirmou, certa vez, sobre a liberdade de informação que:

O novo cenário jurídico subjacente à atividade de imprensa apoia-se no fato de que a Constituição Federal, ao

proclamar a liberdade de informação e manifestação do pensamento, assim o faz trançando as diretrizes principiológicas de acordo com as quais essa liberdade será exercida, reafirmando, assim como a doutrina sempre afirmou, que os direitos e garantias protegidos pela Constituição, em regra, não são absolutos. STJ. REsp nº 1.334.097. Op., cit. p. 20

O grande ponto importante é avaliar até que ponto a liberdade de imprensa pode adentrar na vida privada de alguém, em especial no que se refere a acontecimentos passados. Portanto, no sentido de utilizar a dignidade da pessoa humana como limitador às liberdades de informação, de expressão e de imprensa, Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 346) expõe:

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio de satisfação de algum interesse imediato. O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer institutos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vista a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário pode-se dizer, em suma, que são direitos da personalidade os a ela inerentes, como um atributo essencial à sua constituição, como, por exemplo, o direito de ser livre, de ter livre iniciativa, na forma da lei, isto é, de conformidade com o estabelecido para todos os indivíduos que compõem a sociedade.

5. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDENCIA BRASILEIRA

O debate sobre o tema nos tribunais brasileiros tem ganhado grande força após o julgamento de dois recursos do superior tribunal de justiça, onde foi aplicada pela primeira vez no campo prático a questão do direito ao esquecimento, são os julgamentos dos Recursos Especiais n. 1334.097/RJ e n. 1335.153/RJ, ambos de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão.

5.1 Caso Candelária - REsp 1.334.097 – RJ

A chacina da candelária ocorrida em 23 de julho de 1993, deixou 8 crianças e adolescentes mortos e diversos outros feridos, um dos acusados de ter participado deste crime, Jurandir Gomes de França foi levado a júri popular e foi absolvido pela tese de negativa de autoria.

Acontece que no ano de 2006, a TV GLOBO em seu programa de televisão Linha Direta, retratou em um de seus episódios o caso da Chacina da Candelária, apontando Jurandir como partícipe do crime, sem ao menos mencionar que o mesmo fora absolvido pelo Poder Judiciário.

Jurandir, propôs ação de indenização por danos morais em desfavor a Rede Globo, baseando se nos fatos de haver sofrido grave violação à sua dignidade e à sua tranquilidade, tendo sofrido ameaças, perseguição e estigmatização social. Em primeiro grau seu pedido foi julgado improcedente, sendo reformado em grau de apelação. A rede Globo inconformado com a decisão interpôs o recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Contudo, o seu pedido teve provimento negado por unanimidade pela 4ª Turma, o direito de ser esquecido. Assim, “com maior razão aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, devendo ser a eles assegurado o direito de serem esquecidos” (MARTINEZ, 2014, p. 158).

Deste modo como mostra na ementa da decisão:

RECURSO ESPECIAL. DIREITOCIVIL-
CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE

IMPrensa vs. Direitos da
Personalidade. Litígio de Solução
Transversal. Competência do Superior Tribu-
nal de Justiça. Documentário exibido em
rede nacional. Linha Direta-Justiça.
Sequência de homicídios conhecida como
chacina da Candelária. Reportagem que
reacende o tema treze anos depois do
fato. Veiculação in consentida de nome e
imagem de indiciado nos crimes.
Absolvição posterior por negativa de
autoria. Direito ao esquecimento dos
condenados que cumpriram pena e dos
absolvidos. Acolhimento. Decorrência da
proteção legal e constitucional da
dignidade da pessoa humana e das
limitações positivadas à atividade
informativa. Presunção legal e
constitucional de ressocialização da
pessoa. Ponderação de valores.
Precedentes de direito comparado.

[...].

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

[...]

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da

dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

[...].

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

[...].

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

[...]

21. Recurso especial não provido.

A decisão deste caso foi considerada um marco inicial ao direito de ser esquecido, a ser utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, teve seu apoio principal no enunciado 531 do CJF, bem como no princípio da dignidade humana expresso na Constituição Federal.

5.2 Caso *Aída Curi* - REsp 1.335.153RJ

Aída Curi foi uma vítima de um assassinato no ano de 1958, então com 18 anos de idade, após ser abusada sexualmente, foi jogada da cobertura do prédio da Avenida Atlântica, em Copacabana, Rio de Janeiro. Acontece que 50 anos após sua morte a TV Globo, em seu programa “Linha Direta – Justiça” efetuou a reconstituição do crime tratando da vida, da morte e do pós-morte dos personagens envolvidos no cometimento do delito.

Neste caso os irmãos da vítima, Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, ajuizaram ação de reparação de danos materiais e morais, alegando que o fato fora esquecido no tempo, sendo que a divulgação do programa fizera com que antigas feridas fossem reabertas, expondo indevidamente a vítima e familiares, com objetivo comercial e econômico. Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente, sendo mantida a decisão pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Interposto Recurso Especial, analisado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a maioria dos integrantes acompanhou o voto do relator, negando provimento ao recurso, inclusive com relação à indenização por dano moral no que tange ao uso indevido da imagem da vítima (MARTINEZ, 2014).

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que deveria prevalecer a liberdade de expressão, sendo que a “matéria narra fatos verídicos e a notícia histórica revelava repercussão nacional” (MARTINEZ, 2014).

Assim como é visto na ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO

DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURÍ". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

[...].

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

[...].

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor - condenado e já penalizado - deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima - por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a

narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

[...].

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a conseqüente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

[...].

10. Recurso especial não provido.

O caso Aída Curi, foi ajuizado em Recurso Extraordinário com Agravo perante o Superior Tribunal Federal, na qual foi declarada repercussão geral da matéria. O Ministro Dias Toffoli, Relator do processo em referência, no dia 12 de

junho de 2017, convocou expertos, autoridades e especialistas para uma audiência pública para debate deste tema de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

A Procuradoria Geral da República em seu parecer, feita pelo Procurador Rodrigo Janot, entende ser inaplicável esse direito frente à situação fática, pois inexistente qualquer demonstração de violação dos direitos da personalidade, sendo inviável acolher a pretensão indenizatória. (DE BARROS, 2016)

6. A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À PESSOA PÚBLICA

O direito à vida privada e à intimidade, resguardados na Constituição e no Código Civil, são de certa forma suprimidos por ações que estranhamente tornam-se corriqueiras, não só com o advento das redes sociais, Internet e/ou televisão, mas também através das tradicionais revistas empenhadas em publicar a vida privada de pessoas famosas.

Quando o debate envolve pessoas públicas ou de notoriedade pública, tais como políticos, representantes públicos, membros da justiça, jogadores de futebol, artistas, há divergências quanto à limitação do direito à imagem dessas pessoas.

A pessoa pública é aquela que destina à vida pública ou aquela que tem alguma ligação, ou realiza cargo políticos, ou de que a atividade tenha a aprovação da sociedade ou reconhecimento das pessoas ou direcionado a elas, mesmo que para o lazer ou entretenimento (SILVA JUNIOR, 2002).

A ministra Carmem Lúcia em seu voto na ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF sobre as biografias não autorizadas, também explica sobre a pessoa pública:

Não se alegue estar-se diante de circunstâncias que respeitem sempre a quem exerce cargo do povo, pelo que o público deveria dele saber, não se podendo escusar de deixar que a plena luz incida sobre todos os setores da vida. Primeiro, porque há sempre espaço de indevassabilidade e

segredo no íntimo da pessoa, de parco ou nenhum conhecimento dos outros. Segundo, porque quem faz a sua vida e profissão na praça pública, com a presença e a confiança do povo, e angaria o prestígio que o qualifica e enaltece, não há de pretender esquivar-se desse mesmo público segundo o seu voluntarismo, como se a praça fosse mecanismo virtual, com botão de liga/desliga ao sabor do capricho daquele que buscou fazer-se notório. A notoriedade tem preço fixado pela extensão da fama, quase sempre buscada. Quando não, mas ainda assim é obtida, a fama cobra pedágio: o bilhete do reconhecimento público, que se traduz em exposição do espaço particular, no qual todos querem adentrar. (STF. ADI nº 4815/DF. Op., cit. p. 86)

É possível ver também no caso da princesa de Mônaco, Caroline Von Hanover, entrou com dois processos que buscou impedir a divulgação sobre eventos publicados sobre seus atos, no primeiro Von Hanover versus Germany, de 2004, foi alegado ofensa à privacidade na Corte Europeia de Direitos Humanos, que está em seu artigo 8º da Convenção Europeia dos direitos humanos, pela divulgação de fotos do seu dia a dia com a família, a corte em decisão concluiu que as fotos se referiam a situações particulares e que nada interferiria ou contribuiria para o interesse público.

Já no segundo caso em 2012 a autora entrou novamente com uma ação na Corte Europeia de Direitos Humanos alegando a transgressão do artigo 8º, pela divulgação de fotos e artigos descrevendo situações da sua vida privada, a corte decidiu neste caso concreto pela improcedência uma vez que a notícia tratava sobre a doença do príncipe Rainier, pai da princesa, considerando as funções das pessoas noticiadas, a natureza das atividades e os fins de elucidação das relações entre as figuras da monarquia monegasca, a Corte concluiu que o público não tinha por que não ter ciência do que se passava e julgou inexistente o direito que se alegava ofendido.

O Ministro Luis Felipe Salomão na REsp 1.334.097 (caso candelária) também observou que “ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos

genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo”.

Segundo Rodrigues Jr, Otávio Luiz (2013, p.125), aduz sobre as celebridades e os políticos:

As celebridades e os políticos, em suma, ao menos para a jurisprudência brasileira, renunciaram a parcela de sua vida íntima e privada. Como se realizar o controle entre a esfera de iluminabilidade e a sua esfera de reserva é o que ainda se precisa definir com base em critérios uniformes. (RODRIGUES JR, 2013)

Pelos casos apresentados é possível verificar que há uma ponderação em relação à notícia, tendo em conta que é necessário levar em consideração o interesse público e na historicidade, assim devendo haver uma delimitação com base em critérios de controle, necessário ser analisado à luz do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste estudo, foi possível conceituar o direito ao esquecimento, posicionando-o no ordenamento jurídico como decorrente da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade da vida privada e proteção à privacidade da pessoa pública.

A partir da leitura de precedentes internacionais e nacionais que tratam do “direito ao esquecimento” percebe-se que não existe na jurisprudência um consenso sobre o seu reconhecimento. Embora inicialmente os tribunais admitissem a garantia deste direito, com o passar do tempo, a jurisprudência foi alterando seu entendimento para consolidar uma maior proteção das liberdades de comunicação e de expressão e do direito à informação, do que ao direito à privacidade dos indivíduos. Este novo entendimento confirma a valorização dos fundamentos da liberdade de expressão, e por isso promove o exercício da democracia, da autonomia de consciência e do desenvolvimento do intelecto humano.

No âmbito legal, conforme demonstrado neste estudo, o direito ao esquecimento já vem sendo aplicado com relação àqueles que já cumpriram a pena

determinada. Contudo, com relação àqueles que foram absolvidos, ainda não há posição sedimentada sobre a matéria. Quanto no campo virtual, à aplicação do direito ao esquecimento encontra diversas barreiras, como as dificuldades técnicas existentes, a velocidade da propagação da informação e o anonimato, entre outros.

Abordando os julgamentos aqui comentados, se tem por instalada no Brasil a reflexão sobre o direito ao esquecimento. Devidamente revisitado o seu antecedente mais consistente no direito comparado, o caso Lebach (1973), vê-se que a aplicação pioneira desse direito de ser olvidado no Brasil, por parte do STJ (2013), dista exatos quarenta anos daquela concretização lavrada pelo TCF alemão.

Por outro lado, constata-se que, pelo interesse científico que a matéria desperta, o direito ao esquecimento trilha para ocupar, num curto espaço de tempo, lugar de destaque nas discussões acadêmicas e legais, mirando a sua moderada aplicação, notadamente em concordância com os amparos constitucionais do direito/dever de informar e de informar-se, vedando da censura.

As discussões de há muito tempo associadas ao conflito entre a liberdade de comunicação social e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, colisão que está na base da consecução do direito ao esquecimento, caminham na direção de uma máxima complexidade no modelo social atual, caracterizado pela propagação incontrolável da notícia, bem como da "má" notícia.

Nessa realidade, em que mesmo os estudiosos se veem concentrados sem saber como lidar com ela, é compreensível que as instituições, inclusive o Poder Judiciário, ainda estejam a sondar tentando construir novas ferramentas que possam fazer frente aos anseios dos meios de comunicação por liberdade, mas também às expectativas de uma cada vez mais exposta e fragilizada individualidade humana.

Neste sentido, a interpretação sistemática e o juízo de ponderação levam à conclusão de que os indivíduos devem ter assegurado o direito ao esquecimento, como consequência da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e à honra. Devem ser ressalvados, contudo, os fatos genuinamente históricos, cujo interesse público permaneça mesmo com o decorrer do tempo, desde que a narrativa não tenha como ser desvinculada dos envolvidos.

REFERENCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Enunciado n. 531. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 6., 2013, Brasília, DF. Enunciados...Brasília: CJF, 11-12 mar. 2013. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadascej/vijornadadireitocivil2013_web.pdf Acesso em : 10 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 11 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que deu parcial provimento ao pedido de direito ao esquecimento**. Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em: 11 Mar. 2018.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; **Metodologia científica**. 6. ed São Paulo: Prentice Hall, 2007.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DE BARROS, Rodrigo Janot Monteiro. **Parecer nº. 156.104/2016 PGR-RJMB**. 2016. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/07/pareceresquecimento.pdf>> Acesso em: 10 Fev. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: Teoria geral**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na internet. In: _____ (coord.). **Direito privado e internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 03-28.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org). **Pesquisa Social: Teoria, Método e Criatividade**. 6 Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 135-136.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no direito civil**. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.). 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Telma. **Sociedade Digital**. 2010. Disponível em: <<https://digartmedia.wordpress.com/2010/03/02/sociedade-digital/>>. Acessado em: 09 mar. 2018.

SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo. **A pessoa pública e seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores e socialites**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 p.89.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Bernardo de Azevedo. **A tutela jurídica da memória individual na sociedade da informação: compreendendo o direito ao esquecimento**. 2014. Disponível em: <www.academia.edu/11848616/A_tutela_jurídica_da_memória_individual_na_sociedade_da_informação

_compreendendo_o_direito_ao_esquecimento> Acesso em: 09 mar. 2018.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: 4815/DF. Relatora: Ministro CÁRMEN LÚCIA. DJ: 10/06/2015. STF, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Convocação de Audiência Pública;** Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/audDireitoEsquecimento.pdf>. Acesso em 10 Mar 2018.

NOTA:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutora em Tecnologia Nuclear IPEN/USP. Palmas – TO.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SUA REGULAMENTAÇÃO DISPOSTA NA LEI 13.467/2017

RAFAEL PAZOS DIAS: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho.

RESUMO: A Desconsideração da Personalidade Jurídica é um eficiente mecanismo para a satisfação do crédito trabalhista. No entanto, até pouco tempo atrás, não havia qualquer disposição na CLT sobre o tema. A Lei 13467/2017 trouxe alguns procedimentos previstos no CPC ao Processo do Trabalho. O presente trabalho tem como escopo trazer alguns conceitos e realizar uma abordagem crítica sobre a novidade apresentada pelo legislador.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Trabalhista. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

É sabido que um dos grandes problemas do Processo do Trabalho se encontra na efetiva satisfação do crédito trabalhista. Após peregrinar durante toda a fase cognitiva, com toda a sorte de recursos e impugnações, o processo alcança a fase executiva, com vistas a possibilitar a entrega do valor reconhecido.

Porém, dados do final do ano passado indicam que, atualmente, há quase 3.000.000 (três milhões) de processos na fase de execução, sendo que apenas pouco mais de 660.000 (seiscentos e sessenta mil) foram encerrados^[1].

Desta forma, não há como negar que devem ser utilizados mecanismos céleres e eficazes para que o trabalhador possa “ganhar e levar”. Uma execução frustrada não apenas impede o acesso do credor ao bem de vida pleiteado, como também interfere nos sentimentos de descrédito e injustiça.

No entanto, na prática, é muito comum a utilização, por devedores, de mecanismos ilegítimos com o objetivo de impedir a execução do crédito, levando o Poder Judiciário a adotar medidas que façam valer o comando judicial.

2. Desenvolvimento

Consoante expressa disposição legal, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei (Artigo 795 do Código Civil). Assim, o referido dispositivo legal abre a possibilidade da lei permitir que o sócio responda com seu patrimônio em casos de inadimplemento da respectiva pessoa jurídica. É a chamada desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica foi trazida a nosso ordenamento jurídico, nos anos 60, por meio da pena de Rubens Requião, com o intuito de impedir fraudes através da indevida utilização da personalidade jurídica como forma de blindar os bens dos sócios devedores.

Mas, quais os requisitos para realizar a desconsideração? Duas correntes passaram a responder a este questionamento.

A primeira, chamada de Teoria Maior, sustenta que é necessária a comprovação da existência de desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. Nesse sentido, o Artigo 50 do Código Civil.

Outra corrente, denominada Teoria Menor, advoga o entendimento de que tais requisitos não seriam imprescindíveis, bastando a mera inadimplência da pessoa jurídica. Nesse sentido, o Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Durante muito tempo, embora houvesse previsão legal do referido instituto, inexistia regulamentação de sua aplicação e como seria feito processualmente. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, encerrou a controvérsia e regulamentou o iter procedimental nos Artigos 133 e seguintes.

A Justiça do Trabalho, por não haver nenhuma norma específica sobre o tema, buscou fundamento nas sobreditas regras materiais, para aplicar a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

No entanto, vigora o entendimento de que, no Processo do Trabalho, aplica-se a Teoria Menor, em analogia ao Código de Defesa do Consumidor, que, a exemplo da CLT, tutela direitos de pessoas físicas hipossuficientes.

Assim, via de regra, quando do inadimplemento da pessoa jurídica, os atos executivos são direcionados às pessoas dos respectivos sócios, havendo divergência apenas no que tange à necessidade de prévia citação destes últimos. Não havia nenhuma formalidade anterior e, normalmente, o sócio apenas iria debater sua eventual responsabilidade em sede de Embargos à Execução ou na chamada Exceção de Pré-Executividade.

Com a entrada em vigor do CPC/2015, vozes passaram a advogar que o incidente previsto no referido diploma legal deveria ser aplicado ao Processo do Trabalho, em razão das lacunas existentes (Art. 15 do CPC e Art. 769 da CLT) e em respeito ao devido processo legal.

Neste sentido, o c.TST, em 2016, aprovou a Instrução Normativa 39, que tratou da aplicabilidade das disposições do novo CPC ao Processo do Trabalho. Referida IN, em seu Artigo 6º, de forma expressa, entendeu pela compatibilidade do incidente.

Ocorre que o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica tem como escopo possibilitar que o sócio demonstre a inexistência dos requisitos previstos no Artigo 50, quais sejam: desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Assim, é necessária a oitiva prévia do sócio, antes de qualquer tipo de constrição em seu patrimônio.

No Processo do Trabalho, por sua vez, como já fundamentado, não há necessidade de comprovação de tais requisitos, bastando o mero inadimplemento da pessoa jurídica. Há quem defenda, inclusive, que o sócio sequer deveria ser citado para pagamento, sendo cabível a constrição de seu patrimônio diretamente, porquanto: (i) sócio não é parte, mas sim responsável pela dívida; (ii) há possibilidade de, com a citação, ocultação patrimonial.

Desta forma, não há necessidade de aplicação do Incidente no Processo do Trabalho.

Contudo, com a entrada em vigor da Lei 13467/2017, a CLT passou a prever expressamente a adoção do Incidente em seu Art. 855-A, “in verbis”:

Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos [arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil](#)

Portanto, diante da previsão legal, não há como fugir desse rito procedimental.

3. Conclusão

A execução trabalhista necessita ser efetiva e célere, na medida em que trata de créditos de natureza alimentar, sendo certo que, muitas vezes, o credor se encontra desempregado e sem fonte de renda.

A criação de mecanismos que venham a retardar a marcha processual em nada contribui à duração razoável do processo. Nem se alegue que o novo dispositivo da CLT favorece a ampla defesa e o contraditório, na medida em que, mesmo antes de sua vigência, ninguém cogitava que a oitiva posterior do sócio violasse os referidos princípios constitucionais. Ademais, ao sócio já era perfeitamente possível impugnar a execução através dos meios processuais existentes. Fazendo uma ponderação entre os princípios constitucionais ora mencionados, conclui-se que a dilatação do tempo na execução frustra os anseios do credor trabalhista, gerando sensação de descrédito.

4. Referências Bibliográficas

<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250> acesso em 20.04.2018

KLIPPEL, Bruno, . *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho in Novo CPC: Repercussões no Processo do Trabalho*, Ed. Saraiva, 2015

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito Processual do Trabalho*.
Ed. Forense. 3ªed. 2014
Nota:

[1]<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250> acesso em 20.04.2018

BENS PÚBLICOS - POSSIBILIDADE E FORMAS DE ALIENAÇÃO - HIPÓTESE DE LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL OU INEXIGÍVEL

PAULA PINCELLI TAVARES VIVACQUA:

Presidente da Comissão Especial de Licitação e Contratos Administrativos - CELCA da Ordem dos Advogados do Brasil OAB/RJ, Conselheira do Conselho Consultivo do Observatório Social do Rio de Janeiro. Formada em Ciências Jurídicas pelas Faculdades Integradas Cândido Mendes, com especialização em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense - UFF.

Os artigos 20 e 26, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelecem quais bens pertencem à União Federal e aos Estados respectivamente. Já com relação aos Municípios subentende-se a existência de bens de sua propriedade face ao disposto em diversos dispositivos constitucionais, tais como o § 8º, do artigo 144 e a linha "a", do inciso VI, do artigo 150, da Carta Maior.

Tem-se ainda a Lei nº 13.022/14, que dispõe sobre o Estatuto Geral dos Guardas Municipais, a qual regulamentou o § 8º, do artigo 144 da CRFB/88, delimitando a competência das guardas municipais, inclusive quanto a proteção dos próprios bens municipais, em seu artigo 4º.

Desta forma inquestionável a existência de bens que integram os patrimônios da União, dos Estados e dos Municípios, contudo tais bens podem ser alienados?

A legislação positiva prevê que os bens após integrados ao patrimônio da União, sofrem de *peculiar inalienabilidade*^[i], podendo ser alienados^[ii] os bens dominicais, nos termos do art. 101 do Código Civil Brasileiro, pelas formas de contratação adotadas pelo direito privado ou público, desde que, necessária e obrigatoriamente, os bens estejam desafetados e que haja interesse público na alienação. Nos casos que a Administração se socorrer dos meios de direito privado, o contrato se caracterizará como se desta forma fosse ficando as partes niveladas no mesmo plano jurídico, não incidindo as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos^[iii] ou públicos.

Entretanto, quais são esses bens dominicais que podem ser alienados pelas pessoas jurídicas de direito público? O art. 99, inciso III, do Código Civil Brasileiro estabelece que são bens públicos dominicais os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Cristalino então que a alienação^[iv] dos bens públicos dominicais encontram-se condicionadas às formalidades a seguir listadas^[v], que se distinguem em instrumentos de direito privado e público, não podendo valer-se de qualquer outra o Administrador, por se tratar de normas positivadas, ficando adstrito as determinações legais, sob pena de tornarem os atos praticados despidos de legitimidade, vez que está preso ao poder discricionário da administração, que nada mais é senão a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.

Constituem instrumentos de direito privado^[vi] (comuns de alienação), que rendem ensejo à alienação dos bens públicos:

- *Venda, ou Compra e Venda*^[vii], é o ajuste pelo qual uma pessoa transfere sua propriedade a outrem mediante certo preço. Este mecanismo encontra-se regulado pelo artigo 481, do Código Civil. Tratando-se de bem público imóvel, deve-se respeitar o insculpido no artigo 17, da Lei 8.666/93, realizando-se a licitação pela modalidade de concorrência, ou em alguns casos específicos por leilão (artigo 19, Lei 8.666/93), observados os seguintes requisitos; *a)* autorização legislativa; *b)* interesse público devidamente justificado; *c)* avaliação prévia. Por outro lado, vale registrar a existência dos artigos 23 e 24, da Lei 9636/98 que admite a venda de bens imóveis da União através de leilão ou concorrência mediante a autorização do Presidente da República, com possibilidade de delegação da competência para Ministro de Estado de Fazenda, permitida a subdelegação. Registra-se também o art. 2º, inciso V, da Lei 9.491/71, alterada pela MP 2161-35/01, que permite ser objeto do programa de desestatização bens móveis e imóveis da União. E ainda o art. 71, da Lei 13.465/2017 que para fins da Reurb, ficam dispensadas a desafetação e as exigências previstas no art. 17, caput, inciso I da Lei 8.666/93. Já no que tange a venda de bens móveis não é necessário a autorização legislativa e a modalidade de licitação é o leilão, em conformidade com o art. 22, parágrafo 5º, da Lei 8.666/93. Por fim é importante destacar o art. 49, XVII, da CRFB/88

que diz que é de competência exclusiva do Congresso Nacional aprovar previamente alienação ou concessão de terras públicas superiores a 2.500 Hectares.

- *Doação* [\[viii\]](#)/[lix](#), caracteriza-se por ser contrato solene benéfico pelo qual uma pessoa – o *doador*, por liberdade condicionada, ou não, e com a aquiescência de outra – o *donatário*, transfere-lhe bens ou vantagens do seu patrimônio [\[x\]](#), como insculpido no artigo 538 e segs., do Código Civil, podendo haver encargo para o *donatário*. A administração pode realizar de forma excepcional a doação de bens públicos. Contudo impreterivelmente deve-se ter a comprovação inequívoca de que prevalece o interesse público, sob pena de configurar-se conduta ilegal e dilapidatória do patrimônio público. Constituem requisitos à doação de bens públicos; *a)* autorização legislativa; *b)* interesse público devidamente justificado; *c)* avaliação prévia.
- *Permuta* [\[xi\]](#)/[lxii](#), é a operação, fundada no artigo 533 e segs., do Código Civil, contratualmente materializada em que um dos contratantes transfere a outrem bem de seu patrimônio, recebendo outro bem equivalente na troca, ou seja, é a troca de bem entre os permutantes. Em situações especiais pode a Administração firmar esta espécie de contrato, em que os bens públicos dados em permuta tornam-se privados, e os recebidos pela Administração deixam de ser privados e passam a ser públicos. Constata-se então que na realidade, a permuta constitui-se em alienação e aquisição simultâneas. São requisitos à permuta de bens públicos; *a)* autorização legislativa; *b)* interesse público justificado; *c)* avaliação prévia dos bens a serem permutados.
- *Dação em Pagamento* [\[xiii\]](#), é o negócio jurídico previsto no artigo 356, do Código Civil, regulado pelas disposições da compra e venda (art. 357, do Diploma Civil), que se constitui no ato de dar, ou entregar real e efetivamente uma coisa “*datio in solutum*”. Modo de extinção da obrigação, pelo qual o credor aquiesce em receber do devedor coisa determinada, em substituição daquela que é objeto da prestação [\[xiv\]](#). Esta forma de alienação poderá ocorrer nos casos em que a Administração seja devedora de alguma importância e o credor aceite receber bem público como forma de quitação do débito. Caracteriza-se, face a impossibilidade de competição e particularidade do ajuste, em hipótese de inexigibilidade de licitação, vez que *mister* é a necessidade de determinação prévia do credor. Exige-se para a dação em

pagamento de bens públicos; a) autorização legal; b) demonstração de interesse público na celebração desse tipo de acordo; c) avaliação prévia dos bem público a ser transferido.

São instrumentos específicos de alienação de bens públicos, que guardam consonância com os postulados de direito público:

- *Concessão de Domínio*[\[xvi\]](#), é o instrumento de direito público pelo qual uma entidade de direito público transfere a outrem, gratuita ou remuneradamente, bem público de seu domínio[\[xvi\]](#), por lei específica de transferência ou de autorização para esta finalidade[\[xvii\]](#). Esta forma alienativa se desenha de maneira semelhante a compra e venda caso seja remunerada ou a doação caso seja gratuita, diferindo destas unicamente por não ter fisionomia contratual típica, por ser o ajuste previsto especificamente para o direito público, formalizando-se por lei, independentemente de transcrição junto ao Registro de Imóveis quando o destinatário for pessoa estatal, e se a transferência for para pessoa privada, formalizar-se-á por escritura pública ou termo administrativo, fazendo-se necessária a transcrição junto ao Registro de Imóveis competente.
- *Investidura*[\[xviii\]](#), é definida pela Lei nº 8.666/93, como sendo a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, quando esta que se torna inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação, e desde que o preço não ultrapasse a determinado valor (arts. 17, §3º e 23, II, “a”) [\[xix\]](#). Este instituto, visa unicamente evitar desperdício, pois por ele o administrador após executar obra pública que dê origem a de área remanescente, que isoladamente não poderá ser aproveitada gerando apenas encargos à administração, poderá alienar a nesga de terra, inócua e improdutiva, aos titulares de propriedades contíguas.
- *Incorporação*[\[xx\]](#), é o meio pelo qual mediante autorização legal, o estado integraliza o capital de entidade administrativa privada de natureza societária. Como dispõe a lei das sociedades por ações, o capital pode ser integralizado em dinheiro ou bens, em se tratando de integralização por bens imóveis, além dos registros nos assentamentos da empresa, deve-se regularizar, por força do disposto no artigo 307, da Lei nº 6.015/73, a transmissão da propriedade com o registro imobiliário do documento formal em que se consumou, acompanhada da lei autorizadora.

- *Retrocessão* [\[xxi\]](#), conforme consta no artigo 519, do Código Civil, é o instituto pelo qual a o expropriante oferece ao expropriado a devolução do bem desapropriado, face a desistência da execução do projeto que originou a desapropriação, mediante o ressarcimento do preço pago pelo bem desapropriado, importando assim em alienação de bem público, pois após a desapropriação o bem passou a integrar o acervo da Fazenda Pública.
- *Legitimação de Posse*, é modo excepcional de transferência de domínio de terra devoluta ou área pública sem utilização, ocupada por longo tempo por particular que nela se instala, cultivando-a ou levantando edificação para seu uso. A legitimação da posse há que ser feita na forma da legislação pertinente, sendo que, para as terras da União, o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64) já disciplina seu procedimento e a expedição do título (arts. 11 e 97 a 102), para o devido registro do imóvel em nome do legitimado [\[xxii\]](#).

Desta forma inquestionável que tais bens podem ser alienados mas para sua alienação deve o administrador público, seguir a determinações constantes nas leis específicas, inclusive no que concerne a sua necessária forma de operacionalização [\[xxiii\]](#) – artigo 17 da Lei nº 8.666/93 [\[xxiv\]](#) - e instrumentalização, e que, caso determinado bem esteja afetado a fins públicos, *mister* faz-se sua desafetação [\[xxv\]](#), tornando-se bem dominical [\[xxvi\]](#), para que posteriormente possa a administração pública, nos termos do artigo 100, do Código Civil, executar uma *alienabilidade condicionada* [\[xxvii\]](#) do bem público [\[xxviii\]](#), quer seja móvel ou imóvel, ou seja, pode ser alienado, não livremente como bem privado, mas sim e unicamente sob as condições e formas prescritas na lei, que limitam-se as formas acima listadas, para que a alienação do bem seja válida.

Outro ponto para o qual se deve atentar é que estas alienações se enquadram em sua maioria na dispensa de licitação prevista no artigo 17, da Lei nº 8.666/93, e não nas hipóteses de dispensabilidade ou inexigibilidade delineadas respectivamente nos artigos 24 e 25 da lei de licitações.

NOTAS:

[\[i\]](#) O Professor José dos Santos Carvalho Filho, *in Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, págs. 809 e 810, ensina que “...é comum ouvir-se que os bens públicos têm como característica a inalienabilidade. Na verdade, porém, a afirmação não resulta de análise precisa sobre o tema.

Se é certo que, em algumas situações especiais, os bens públicos não podem ser alienados, não é menos certo que, na maioria das vezes, podem ser alteradas tais situações de modo a tornar possível a alienação.

..Dispõe o art. 67 do Código Civil: “*Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever*”. Observe que a lei em nenhum momento firmou serem inalienáveis todos os bens públicos, relacionados no art. 66, como vimos. Ao contrário o legislador marcou duas posições no preceito: a primeira consiste na consideração de que apenas em algumas situações os bens públicos têm uma *peculiar* inalienabilidade. Há de resultar daí que outros bens não têm esse cunho de peculiar inalienabilidade, e se não têm é porque são alienáveis. A segunda posição reside em que a perda da inalienabilidade peculiar dependerá dos casos e da forma que a lei estabelecer.

Em relação do que se pode entender por peculiar inalienabilidade, considera-se que são naturalmente inalienáveis os bens de uso comum do povo e os de uso especial, enquanto estiverem servindo aos respectivos fins. (no mesmo sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS, “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo, 1996, pág. 309) Logicamente, os bens dominicais não de ser havidos como alienáveis. Ocorre que por meio do fenômeno da desafetação, os bens de uso comum do povo e os de uso especial podem converter-se em dominicais quando perdem sua destinação própria. Conclui-se, pois, que, se esses bens podem desaguar na categoria dos bens dominicais, acabam eles vindo a possuir o caráter de alienabilidade.

Temos, pois, que, das duas posições marcadas no art. 67 do Cód. Civil, *mais importante do que a inalienabilidade peculiar é o fato da alienabilidade sujeitar-se aos casos e à forma estabelecidas na lei*. Então parece-nos impróprio falar em *inalienabilidade* como característica dos bens públicos. Mais correto é caracterizá-los como sujeitos à *alienabilidade condicionada*, significando que podem ser alienados, mas não livremente como os bens privados, e sim sob as condições fixadas em lei e desde que enquadrados na categoria adequada. Em outras palavras, a alienabilidade depende das condições prescritas na lei.”

[ii] O Professor José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra “*Manual de Direito Administrativo*”, 6ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, pág. 833, tem que a “...alienação de bens públicos é a transferência de sua propriedade a terceiros, quando há interesse público na transferência e desde que observadas as normas legais pertinentes

A regra é que a Administração mantenha os bens em sua propriedade e os conserve adequadamente para evitar sua deterioração. Tais bens como temos visto, integram o domínio público. Mas haverá situações em que a alienação dos bens públicos não somente pode ser conveniente para a Administração como ainda pode trazer-lhe outras vantagens. É com esse aspecto que se deve analisar a alienação dos bens públicos.

Já observamos anteriormente que a conhecida expressão *inalienabilidade*, empregada para os bens públicos, é inadequada e despida de técnica, sendo melhor caracterizá-los como sujeitos a *alienabilidade condicionada*. Vimos também que, salvo os casos em que materialmente há impossibilidade jurídica, os bens públicos podem ser alienados com observância dos requisitos legais. Se os bens estiverem categorizados como de uso comum do povo ou especial, devem ser desafetados para enquadrarem-se como dominicais, e, sendo dominicais, podem ser alienados, respeitando-se todos os parâmetros que a lei traça para os administradores públicos.”

[iii] Cf. José dos Santos Carvalho Filho, *in Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, pág. 833.

[iv] Neste sentido ensina o Mestre Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., 2001, Malheiros Editores, pág. 493 e 494; “Alienação é toda transferência de propriedade, remunerada ou gratuita, sob a forma de *venda, permuta, doação, dação em pagamento, investidura, legitimação de posse ou concessão de domínio*. Qualquer dessas formas de alienação pode ser utilizada pela Administração, desde que satisfaça as exigências administrativas para o contrato alienador e atenda aos requisitos do instituto específico. Em princípio, toda alienação de bem público depende de *lei autorizadora*, de licitação e de avaliação da coisa a ser alienada, mas casos há de inexigibilidade dessas formalidades, por incompatíveis com a própria natureza do contrato. Há, ainda, uma forma excepcional de alienação de bem público, restrita a terras devolutas, que é a denominada *legitimação de posse*, que conceituamos adiante.

O CC, em seu art. 67, estabeleceu, como regra, a *inalienabilidade dos bens públicos*, nestes termos: “Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a lei prescrever”. (...) Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a Administração satisfaça certas condições prévias para sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública. O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são *inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais*, isto é, enquanto tiverem *afetação pública*, ou seja, *destinação pública específica*. (...)

A alienação de bens imóveis está disciplinada, em geral, na legislação própria das entidades estatais, a qual, comumente, exige *autorização legislativa, avaliação prévia e concorrência*, inexigível esta nos casos de *doação, permuta, legitimação de posse e investidura*, cujos contratos, por visarem a pessoas ou imóvel certo, são incompatíveis com o procedimento licitatório. Cumpridas as exigências legais e administrativas, a alienação de imóvel público a particular formaliza-se pelos instrumentos e com os requisitos da legislação civil (escritura pública e transcrição no registro imobiliário), e qualquer modificação ou invalidação do contrato translativo da propriedade só poderá ser feita por acordo entre as partes ou por via judicial. (...)

[v] Esclarece. Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., 2001, Malheiros Editores, pág. 493; “A administração de bens públicos compreende normalmente a *utilização e conservação* do patrimônio público, mas, excepcionalmente, pode a Administração ter necessidade ou interesse na *alienação* de alguns de seus bens, caso em que deverá atender às exigências especiais impostas por normas superiores.”

[vi] Sobre as várias formas de alienação dos bens imóveis da União, v. Lei 9.636/98, arts. 23 a 31, que tratam da *venda*, da *permuta* e da *doação*.

[vii] Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., 2001, Malheiros Editores, págs. 495, determina como sendo a “...*venda e compra*, é o contrato civil ou comercial pelo qual uma das partes (vendedor) transfere a propriedade de um bem à outra (comprador), mediante preço certo em dinheiro (CC, art. 1.122, e C. Comercial, art. 191). Toda venda, ainda que de bem público, é contrato de Direito Privado. Não há venda administrativa; há, tão-somente, venda e compra civil ou comercial em que o vendedor é a Administração, mas isto não transforma a operação em contrato administrativo. É, e será sempre, contrato de Direito Privado, apenas realizado pelo Poder Público com formalidades administrativas prévias, exigidas para a regularidade da alienação do bem público.

As *formalidades administrativas* para a venda de bem público imóvel são, como já vimos, a *autorização competente*, a *avaliação prévia* e a *licitação*, nos termos da legislação pertinente. Tratando-se de *bem de uso comum do povo* ou de *uso especial*, haverá necessidade de *desafetação legal*, que poderá constar da mesma norma que autorize a alienação. A avaliação deverá ser feita por perito habilitado ou órgão competente da entidade estatal, responsável por seu patrimônio. A licitação obedecerá às normas gerais da Lei 8.666/93, no que couber, e às especiais do Estado ou do município, se as tiver, aplicáveis à espécie (...)

[viii] Define o Mestre Hely Lopes Meirelles, em sua obra “*Direito Administrativo Brasileiro*”, 26ª ed., 2001, Malheiros Editores, págs. 496, que “...*doação* é o contrato pelo qual uma pessoa (doador), por liberalidade, transfere um bem do seu patrimônio para o de outra pessoa (donatário), que o aceita (CC, art. 1.165). É contrato civil, e não administrativo, fundado na liberalidade do doador, embora possa ser com encargos para o donatário. A doação só se aperfeiçoa com a aceitação do donatário, seja pura ou com encargo.

A Administração pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse coletivo. Essas doações podem ser com ou sem encargos e em qualquer caso dependem de *lei autorizadora*, que estabeleça as condições para sua efetivação, de *prévia avaliação* do bem a ser doado e de *licitação* (...)

[ix] José dos Santos Carvalho Filho, *in Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, pág. 835, assevera que a “...*licitação*, levando em conta a existência de interesse social da doação será dispensável. Para esfera federal, há a dispensa da licitação se a doação for feita em favor de outro órgão ou entidade da

Administração Pública, de qualquer esfera de governo.”, amparando-se na alínea *b*, do inciso I, do artigo 17, da Lei nº 8.666/93.

[x] Cf. Pedro Nunes, “*Dicionário de Tecnologia Jurídica*”, vol. I, 11ª ed., Livraria Freitas Bastos, pág 388,

[xi] Permuta para Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., 2001, Malheiros Editores, pág. 497, também conhecida como “... *troca* ou *escambo* é o contrato pelo qual as partes transferem e recebem um bem, uma da outra, bens, esses, que se substituem reciprocamente no patrimônio dos permutantes. Há sempre na permuta uma alienação e uma aquisição de coisa, da mesma espécie ou não (...)

A permuta de bem público, como as demais alienações, exige *autorização legale avaliação prévia* das coisas a serem trocadas, mas não exige licitação, pela impossibilidade mesma de sua realização, uma vez que a determinação dos objetos da troca não admite substituição ou competição licitatória.”

[xii] A Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos, havia estabelecido no artigo 17, I, *c*, que a permuta de imóvel, com dispensa de licitação, só poderia ocorrer por outro imóvel destinado ao serviço público e cujas necessidades de instalação e localização condicionassem a sua escolha.

[xiii] Hely Lopes Meirelles, em seu livro “*Direito Administrativo Brasileiro*”, 26ª ed., 2001, Malheiros Editores, pág. 496, disserta sobre a dação em pagamento como sendo a entrega de um bem que não seja dinheiro para solver dívida anterior. A coisa dada em pagamento pode ser de qualquer espécie e natureza, desde que o credor consinta no recebimento em substituição da prestação que lhe era devida (CC, art. 995).

A Administração pode utilizar-se da dação em pagamento, com prévia autorização legislativa e avaliação do bem a ser empregado no resgate da dívida. Fixado o valor da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes reger-se-ão pelas normas de compra e venda, e, se aquela for título de crédito, a transferência importará cessão, sujeitando-se, então, aos preceitos deste instituto (CC, arts. 1.065 e ss.).

A dação em pagamento, embora consubstancie uma alienação de bem público, não exige licitação, por se tratar de um contrato com destinatário certo, que é o credor que consente no pagamento por essa forma.

[xiv] Cf. Pedro Nunes, “*Dicionário de Tecnologia Jurídica*”, vol. I, 11ª ed., Livraria Freitas Bastos, pág 317,

[xv] Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., 2001, Malheiros Editores, pág. 499, esclarece que a *concessão de domínio* é forma de

alienação de terras públicas, utilizada atualmente nas *concessões de terras devolutas*, da União, dos Estados e dos Municípios, consoante prevê a Constituição da República (art. 188, §1º). Tais concessões não passam de vendas ou doações dessas terras públicas, sempre precedida de lei autorizadora e avaliação das glebas a serem concedidas a título oneroso ou gratuito, além de aprovação do Congresso Nacional quando excedentes de dois mil e quinhentos hectares. Quando feita por uma entidade estatal a outra, a concessão de domínio formaliza-se por *lei*, e independe de registro; quando feita a particulares exige *termo administrativo* ou *escritura pública* e o título deve ser *transcrito* no registro imobiliário competente, para a transferência do domínio.

A *concessão de domínio* de terras públicas não deve ser confundida com a *concessão administrativa* de uso de bem público, nem com a *concessão de direito real de uso* de terrenos públicos, que já estudamos precedentemente, porque importa em *alienação do imóvel*, enquanto estas – concessões de uso como direito pessoal ou real – possibilitam apenas a utilização do bem concedido, sem a transferência de sua propriedade.

[xvi] Cf. José dos Santos Carvalho Filho, *in Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, págs. 836.

[xvii] A Constituição Federal de 1988, em seu art. 188, §1º, prevê a necessidade de anuência do Congresso Nacional para a alienação ou concessão de terras públicas, a pessoa física ou jurídica, com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

[xviii] Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., 2001, Malheiros Editores, pág. 497 á 499, tem por “investidura a incorporação de uma área pública, isoladamente inconstruível, ao terreno particular confinante que ficou afastado do novo alinhamento em razão de alteração do traçado urbano. Esse clássico conceito doutrinário merece, atualmente, ampliação, no sentido de abranger qualquer área inaproveitável isoladamente, remanescente ou resultante de obra pública (art. 17, § 3º, da Lei 8.666/93), uma vez que esta pode afetar também os terrenos rurais. (...)

Todavia, do mesmo modo que o proprietário lindeiro pode compelir o Poder Público a incorporar ao seu terreno, por investidura, a área pública inaproveitável isoladamente, pagando o justo valor, pode também a Administração desapropriar o imóvel confinante cujo proprietário se recusar a investir, para, após a incorporação, vender o todo a terceiro (STF, RTJ 100/694). É a solução do Direito Francês, perfeitamente aplicável ao nosso, uma vez que o instituto da investidura, tanto lá como aqui, tem a mesma finalidade, ou seja, permitira normal utilização dos exíguos terrenos públicos, isoladamente inaproveitáveis segundo as exigências legais. (...)

A formalização da investidura se faz por escritura pública ou termo administrativo, sempre sujeitos a registro imobiliário.

[xix] Cf. José dos Santos Carvalho Filho, in *Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, págs. 837

[xx] Admitida apenas por alguns autores como sendo instrumento específico de alienação de bens públicos, que guardam consonância com os postulados direito público.

[xxi] Tanto para Diógenes Gasparini, in *Direito Administrativo*, São Paulo, 1992, pág 523, quanto para José dos Santos Carvalho Filho, in *Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, págs. 838, Pela natureza que se reveste a retrocessão, inexistente a necessidade de lei especial, porquanto a lei civil já prevê expressamente o instituto, sendo dispensável também a avaliação prévia, porque o preço a ser pago corresponde ao da indenização recebida pelo expropriado. Desnecessária, por fim, a licitação porque o ex-proprietário é pessoa certa e determinada, sendo inviável por conseguinte, o regime da competição.” Contudo não se pode esquecer a necessidade de transcrição junto ao Registro de Imóveis competente.

[xxii] Cf. Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., 2001, Malheiros Editores, pág. 500, que ainda expõe; “Expedido o título de legitimação de posse – que, na verdade, é título de transferência de domínio -, seu destinatário, ou sucessor, deverá levá-lo a registro. No registro de imóveis podem apresentar-se quatro situações distintas: a) o imóvel não estar registrado; b) o imóvel estar registrado em nome do próprio legitimado; c) o imóvel estar registrado em nome do antecessor do legitimado; d) o imóvel estar registrado em nome de terceiro estranho ao legitimado. No primeiro caso (“a”), registra-se normalmente o título de legitimação; no segundo e no terceiro casos (“b” e “c”), o registro do título de legitimação de posse substituirá os registros anteriores; no quarto caso (“d”), registra-se o título de legitimação de posse, ficando sem efeito o registro existente. Em qualquer dos casos prevalecerão as metragens e a descrição do imóvel constantes do título de legitimação de posse, pois a finalidade precípua deste ato é a regularização da propriedade pública e das aquisições particulares por essa forma anômala, mas de alto sentido social.

Não há usucapião de bem público como direito do posseiro mas, sim, reconhecimento do Poder Público da conveniência de legitimar determinadas ocupações, convertendo-as em propriedade em favor dos ocupantes que atendam às condições estabelecidas na legislação da entidade legitimante. Essa providência harmoniza-se com o preceito constitucional da função social da propriedade (art. 170, III) e resolve as tão frequentes tensões resultantes da indefinição da ocupação, por particulares, de terras devolutas e de áreas públicas não utilizadas pela Administração.”

[xxiii] A este respeito esclarece Leib Soibelman, em sua obra “Enciclopédia do Advogado”, 5ª ed., 1996, Thex Ed., Rio de Janeiro, pág. 172, ao expor: “FORMA DAT ESSE REI. (latim) A forma dá o ser, a existência do ato, do contrato. Designa a forma obrigatória prevista em lei para que determinados atos tenham validade. As

formas do ato jurídico podem ser: a) *ad solemnitatem* ou *ad substantiam*, quando sem elas o ato não existe, e os atos nos quais elas são essenciais dizem-se formais ou solenes; b) *ad probationem*, quando se usa formas não obrigatórias apenas para facilitar a prova do ato, que é chamado então de não formal ou consensual.”

[xxiv] Dispõe a Lei nº 8.666/93, em sua Seção VI, intitulada “Das Alienações”, quanto a necessidade de lei para alienação de bens imóveis: “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; **(Alínea incluída pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)**

f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública especificamente criados para esse fim; **(Alínea incluída pela Lei nº 8.883, de 8.6.94).**”

[xxv] Desafetação é o fato pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior, segundo José dos Santos Carvalho Filho, *in Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, págs. 808.

[xxvi] DOMINICAIS – Conjunto de *bens privados* da administração pública, não se confundindo com os *bens dominiais*. Os *bens dominicais* ou *bens do patrimônio privado* do Estado constituem aquilo que os italianos denominam de *bens do patrimônio disponível*. O Código Civil Brasileiro prefere, porém, a expressão de *bens dominicais*, como se vê no artigo 66, inciso III, como ensina Cretela Junior, *in Dicionário de Direito Administrativo*, 2ª ed., 1972, pág. 100.

[xxvii] Cf. José dos Santos Carvalho Filho, *in Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, págs. 810.

[xxviii] Lúcia Valle Figueiredo, distingue a inalienabilidade absoluta da relativa, em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo, 1995. Para confirmar o acima exposto, a Lei 8.666/93, embora exija a presença de algumas condições, estabelece os casos de alienação de bens públicos federais. Ora, se admite tal alienação é porque os bens, observadas as condições da lei, são alienáveis, ressalvados como ensina Celso Ribeiro Basto, - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 1996, pág. 310 - os casos de bens de uso comum do povo, insuscetíveis de alienação, e assim mesmo por sua natureza especialíssima, como os mares e os rios navegáveis, considerados bens *extra commercium*.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Fábio Peixoto Gondim

Incentivos ao cumprimento espontâneo dos direitos dos trabalhadores: uma análise
econômica do direito do trabalho positivo brasileiro e de sua aplicação

Belo Horizonte

2012

Fábio Peixoto Gondim

Incentivos ao cumprimento espontâneo dos direitos dos trabalhadores: uma análise econômica do direito do trabalho positivo brasileiro e de sua aplicação

Monografia apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a conclusão de curso e para a obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadora: Professora Adriana Goulart de Sena Orsini

Belo Horizonte
2012

Fábio Peixoto Gondim

Incentivos ao cumprimento espontâneo dos direitos dos trabalhadores: uma análise econômica do direito do trabalho positivo brasileiro e de sua aplicação

Monografia apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a conclusão de curso e para a obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovado em ____ de _____ de 2012

BANCA EXAMINADORA

Adriana Goulart de Sena Orsini – Universidade Federal de Minas Gerais

– Universidade Federal de Minas Gerais

– Universidade Federal de Minas Gerais

RESUMO

Este estudo analisará aspectos dos direitos material e processual do trabalho brasileiros, especificamente a questão dos honorários advocatícios, as sanções existentes no ordenamento e a eficiência da fase de execução do processo trabalhista, com vistas a propor uma aplicação da lei que incentive o cumprimento espontâneo da legislação trabalhista por parte do empregador, a fim de retirar do poder judiciário as demandas em que não há, de fato, controvérsia sobre o que é devido ao trabalhador, mas apenas o desejo do empregador de não pagar, ou postergar ao máximo o pagamento do que sabe ser devido. Ao criar mecanismos que penalizem o empregador inobservante da legislação trabalhista, e que dêem eficiência e celeridade ao processo, torna-se economicamente indesejável, para o empregador, desrespeitar os direitos do trabalhador e cumpri-los apenas após eventual decisão judicial, tendo em vista a elevação do impacto financeiro que tal medida acarretará para a empresa e a rapidez com que este impacto se dará.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Incentivos ao cumprimento espontâneo.

ABSTRACT

This paper will analyze different aspects of the Brazilian substantive and procedural Laws, more specifically in what concerns attorney fees, sanctions and the efficiency of the execution procedure, in order to suggest legal procedures that will encourage employers to spontaneously comply with Labor Laws. Presently, most of the claims in the Brazilian Labor Law system are filed by former employees in search of payment both the worker and the company know should have been made, and do not involve actual controversy about which rule to apply. By creating mechanisms that penalize the employer that does not spontaneously comply with labor laws, and that bring efficiency to the procedure, it can be made economically desirable for the employer to comply. This way, if the employer is certain that it will cost more to ignore labor laws than to comply with them, the logical consequence will be to comply, and the legal system will have achieved its goal.

Keywords: Brazilian Labor Law. Stimulus to spontaneously comply.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	8
2	Coerção no Direito do Trabalho positivo brasileiro: análise de ausência e necessidade	10
2.1	Sanção e coerção	10
2.2	Análise das sanções existentes no Direito do Trabalho positivo brasileiro.....	13
2.2.1	Multa de 40% do FGTS.....	13
2.2.2	Não concessão dos intervalos intrajornada e interjornadas.....	14
2.2.3	Férias não gozadas – Pagamento em dobro.	15
2.2.4	Falta de aviso prévio	16
2.2.5	Multas do art. 467 e 477, § 8º da CLT - verbas rescisórias.....	17
2.3	Consequências da ausência de sanções pena	18
3	Honorários na Justiça do Trabalho	20
3.1	Da necessidade da condenação ao pagamento de honorários.....	20
3.2	Honorários Sucumbenciais.....	22
3.2.1	Interpretação das Leis nºs 5.584/1970 e 1.060/1950.....	23
3.2.2	Da controvérsia sobre a vigência da Lei nº 5.584/1970	24

3.2.3	Assistência pelo Sindicato - Análise.....	26
3.3	Indenização por contratação de advogado.....	28
3.4	Mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº 3.392/2004	31
3.4.1	Fim do <i>Jus Postulandi</i>	31
3.4.2	Instituição de honorários sucumbenciais entre 10% e 20% do valor da condenação	32
4	Eficiência e celeridade na fase de execução.....	34
4.1	Efeitos da prolação da sentença na liquidação da condenação.....	36
4.2	Da aplicação dos arts. 879, § 2º e 897, § 1º da CLT.....	36
4.3	Da aplicação do art. 514, II, do CPC e da Súmula 422 do TST	38
4.4	Modelo de cálculo detalhado – Ferramenta para dar celeridade ao processo de execução.....	40
5	Conclusão.....	42
6	Referências Bibliográficas	43

1 Introdução

O Poder Judiciário tem a importante função de dirimir conflitos, solucionar controvérsias, seja na seara trabalhista, cível ou penal. No entanto, no que tange ao Direito do Trabalho no Brasil, a Justiça se vê imersa em uma quantidade assustadora de processos em que não há, de fato, controvérsia sobre o direito, mas apenas a negativa, por parte do empregador, de cumpri-lo.

Isso ocorre porque, ao analisar economicamente as consequências do cumprimento da legislação trabalhista, o administrador de uma empresa chegará, invariavelmente, à conclusão de que vale a pena desrespeitá-la para, se for o caso, cumpri-la após eventual decisão judicial. A razão desta prática é que, de fato, o custo de desrespeitar a lei trabalhista é menor que o custo de cumpri-la.

Cabe, portanto, ao aplicador do direito e ao próprio legislador, pautar sua conduta no sentido de reverter essa lógica e tornar mais atraente para o empregador agir no estrito limite da lei do que fora dele.

Como a empresa não tem consciência ou moral - e, para alguns, nem deve ter, o que, aliás, não está em discussão neste trabalho -, a única maneira de incentivar o cumprimento espontâneo da legislação trabalhista é torná-lo mais viável economicamente que o descumprimento.

Para isso, devem ser implementadas melhorias no nosso sistema em dois aspectos: aumentar o custo financeiro para pagamento em juízo das verbas trabalhistas e dar mais celeridade à prestação jurisdicional completa, que só termina com a satisfação do crédito do trabalhador.

Com isso em mente, serão analisados três aspectos dos direitos material e processual do trabalho brasileiros: (i) as sanções previstas para o empregador em nosso ordenamento em caso de desrespeito ao direito do trabalhador; (ii) a questão dos honorários na justiça do trabalho, que servirão não só como compensação pelos gastos com contratação de advogado, mas também como forma de penalizar a parte que deu causa ao processo e remunerar o trabalho do profissional que advoga nesse ramo do Poder Judiciário e; (iii) a fase de execução do processo trabalhista e a

possibilidade de se a dar a ela mais celeridade através do não incentivo a condutas protelatórias.

2 Coerção no Direito do Trabalho positivo brasileiro: análise de ausência e necessidade

2.1 Sanção e coerção

Para Kelsen, o elemento que nos permite identificar uma ordem social como “Direito” é a presença da coerção no ordenamento, que é trazida pela ameaça de sanção, caso a conduta desejada seja desrespeitada. Para chegar a essa conclusão, o autor problematiza:

Se restringirmos nossa investigação do Direito positivo, e se compararmos todas as ordens sociais do passado e do presente, geralmente chamadas “Direito”, descobriremos que elas têm uma característica comum que nenhuma ordem social de outro tipo apresenta. Essa característica constitui um fato de suprema importância para a vida social e seu estudo científico. E essa característica é o único critério pelo qual podemos distinguir com clareza o Direito de outros fenômenos sociais como a moral e a religião. Qual é esse critério?¹

Para depois concluir:

(...) há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra “Direito” de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos ashanti da África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.²

Uma vez estabelecida a necessidade da coerção através da ameaça de sanção para a eficácia do ordenamento, e mesmo para que se possa chamá-lo de

¹ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 2ª edição brasileira, São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 21/22

² KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 2ª edição brasileira, São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 25/26

jurídico, cumpre esclarecer como se dá a coerção, missão na qual nos ajuda Francesco Carnelutti:

Pode suceder, pelo contrário, que, para induzir aquele dentre ambos contra o qual o preceito se resolve, a abster-se da sua violação, se lhe dirija, no caso de o não observar, a ameaça de um mal maior que o que lhe traz a observância. Neste caso, a relação entre o conflito de interesses e a nova situação é de natureza econômica, já que assim se suscita um interesse da parte a não violar o preceito e um conflito entre este e o interesse à violação. Estes meios de diferente natureza em que se resolve a imposição do preceito recebem o nome de sanções; sancionar significa precisamente tornar qualquer coisa, que é o preceito, inviolável ou sagrada.³

Portanto, segundo Carnelutti, a coerção é atingida pela ameaça de sanção, que pode ser dividida, ainda segundo o jurista italiano, em dois tipos:

Na primeira ordem de sanções prevalece largamente o meio repressivo, ao qual, depois de certa hesitação, acabei por dar o nome de restituição, próprio para significar o restabelecimento da situação anterior à inobservância do preceito. Note-se aqui que a restituição não pode determinar a obediência senão através da sua previsão, motivo porque também ela, enquanto considerada na sua eficácia preventiva, se reduz a uma sanção econômica. Só na medida em que a certeza da restituição, e, por conseguinte, da inutilidade do esforço que está para realizar, determine em quem tem a tentação de roubar um interesse a não roubar, é que a restituição opera no sentido de prevenir o roubo: assim, é claro que, através da penosidade do esforço inútil, a restituição se resolve em um mal para quem tem que suportá-la.

Quanto ao outro tipo de sanção, todos sabem que e porque se chama pena. Esta palavra, que alude ao mal a infligir ao transgressor, denuncia o caráter econômico da sanção, a qual coloca quem tenha a tentação de transgredir, entre dois males, o mal da observância (sacrifício do interesse contra o qual o preceito se resolve) e o mal da inobservância do preceito.⁴

Como se apreende da lição de Carnelutti, pode se distinguir a sanção em duas classes, a sanção restituição e a sanção pena. A primeira apenas restabelece o estado em que as coisas se encontravam antes do ato ilícito. Já a segunda aflige no violador da lei um mal, que se pressupõe maior que a eventual recompensa obtida pela violação, de modo a fazer com que o ato ilícito seja, potencialmente, mais danoso ao infrator que os seus possíveis e eventuais frutos.

3 CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942.

4 CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942.

O Direito do Trabalho positivo brasileiro, como se verá abaixo, tende a priorizar a “sanção restituição” em detrimento da “sanção pena”, o que, logicamente, inibe de modo demasiado tímido a prática de ilegalidades por parte dos empregadores.

Além disso, a própria lição de Carnelutti nos alerta para o fato de que

(...) só na medida em que a certeza da restituição, e, por conseguinte, da inutilidade do esforço que está para realizar, determine em quem tem a tentação de roubar um interesse a não roubar, é que a restituição opera no sentido de prevenir o roubo: assim, é claro que, através da penosidade do esforço inútil, a restituição se resolve em um mal para quem tem que suportá-la.⁵

Ou seja, a sanção restituição só será suficiente para levar alguém a agir dentro dos limites da legalidade quando presentes dois pressupostos: a penosidade do esforço para violar a lei e a certeza da restituição.

No caso da realidade brasileira trabalhista, entretanto, estão ausentes, ao menos parcialmente, ambos os pressupostos.

Em primeiro lugar, não há esforço penoso quando se está diante da violação do direito do trabalhador. Muito pelo contrário, com a crescente complexidade das relações de emprego, o simples procedimento de listar e quantificar os direitos do trabalhador, independente da intenção de respeitá-los, exige contratação de pessoal especializado em recursos humanos, contadores e/ou advogados. E tal procedimento já é suficientemente penoso e custoso, inclusive financeiramente, para inibir a observância da legislação trabalhista, por mais paradoxal que isso possa parecer.

Em segundo lugar, a certeza da restituição praticamente inexistente, podendo se afirmar, inclusive, que a certeza - ou ao menos, o palpite - que predomina é em sentido contrário, dados o desconhecimento da lei por parte do trabalhador, a dificuldade de se comprovar, em juízo, os fatos constitutivos dos seus direitos e a

⁵ CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942.

inevitável prescrição de parte destes, o que torna razoável, para o administrador da empresa, acreditar na probabilidade maior da não restituição.

Exatamente em face da ineficácia da “sanção restituição” na realidade brasileira é que há a necessidade de previsão de “sanções pena” para o direito do trabalho, a fim de dar efetividade ao complexo sistema legal trabalhista.

No entanto, como se verá, continuam a predominar, nos direitos material e processual do trabalho brasileiros, as “sanções restituição”, apesar de sua visível ineficácia identificada acima.

2.2 Análise das sanções existentes no Direito do Trabalho positivo brasileiro

Abaixo tece-se uma breve análise do nosso ordenamento, no que tange às sanções no Direito do Trabalho. Na verdade, muitas das ‘sanções’ listadas abaixo, como se verá, sequer podem ser assim chamadas de forma técnica. O que se demonstrará, de fato, é que, no Direito do Trabalho positivo pátrio, prevalece a restituição do estado de coisas como era - ou melhor, como deveria ser -, sem que haja sanções de natureza punitiva para as violações dos direitos do trabalhador.

2.2.1 Multa de 40% do FGTS

A Lei nº 8.036/90, que dispõe sobre o Fundo de Garantia Sobre o Tempo de Serviço, contém a seguinte previsão:

Lei nº 8.036/90, art. 18, §1º - Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Da leitura do dispositivo legal, verifica-se que ele não tem caráter de sanção por descumprimento, mas apenas de não incentivo à dispensa. O depósito de 40% do valor existente na conta vinculada do FGTS não é um incentivo à observância de um direito específico, mas um não incentivo à dispensa sem justa causa e um valor a mais para o trabalhador dispensado, que se vê, repentinamente, desempregado.

2.2.2 Não concessão dos intervalos intrajornada e interjornadas

A CLT, ao regular a concessão de intervalo intrajornada, determina:

CLT, Art. 71, § 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Com base no art. 71 da CLT, o TST, por sua Primeira Seção de Dissídios Individuais, publicou a OJ 355:

OJ-SDI1-355 - O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Trata-se aqui de uma indenização paga pela empresa ao trabalhador por suprimir o seu intervalo intrajornada ou interjornadas. Apesar de, aparentemente, ser uma sanção, é uma liberalidade dada ao empregador para não conceder os intervalos

ao empregado, se não for conveniente para a empresa, pelas características específicas da própria empresa ou da função exercida pelo trabalhador, desde que se pague por este período de intervalo suprimido como se hora extra fosse.

Note-se, mais uma vez, que o desrespeito a essa norma não acarretará prejuízo à empresa, que, se acionada judicialmente, pagará em juízo o mesmo valor que pagaria se o fizesse espontaneamente durante o contrato de trabalho. Assim, ainda que de forma inconsciente ou desavisada, a mensagem passada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não é no sentido de se estancar a ilegalidade, mas sim de indenizar, pagando o que seria devido de qualquer forma.

2.2.3 Férias não gozadas – Pagamento em dobro.

A CLT regula a concessão de férias ao empregado para que ela ocorra anualmente, nos seguintes moldes:

CLT, Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

Art. 137 - Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.

A norma do art. 137 da CLT funciona de maneira similar à do §4º do art. 71, relativa à não concessão do intervalo intrajornada. A lei dá ao empregador a liberalidade de não conceder as férias no período concessivo regular, se assim a empresa entender conveniente, devendo ser o trabalhador compensado pelo gozo extemporâneo de suas férias, através do pagamento em dobro desta remuneração.

No entanto, se o empregador, ignorando o disposto no art. 137, não pagar a remuneração das férias gozadas fora do tempo em dobro, e, por isso, for acionado judicialmente, deverá pagar exatamente a mesma quantia – pagamento em dobro das férias -, o que torna viável economicamente a simples desconsideração do art. 137.

Ou seja, não há incentivo ao cumprimento espontâneo da norma, pois, em juízo, a consequência para o empregador será a mesma.

2.2.4 Falta de aviso prévio

A Constituição, a CLT e a Lei nº 12.506/2011 regulam a concessão do aviso prévio no caso de rompimento do contrato de trabalho por tempo indeterminado, nos seguintes termos:

Constituição, Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

CLT, Art. 487, § 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

Lei nº 12.506/2011, Art. 1º - O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Como se vê dos dispositivos acima, tanto empregador como empregado devem comunicar, com prazo mínimo de 30 dias de antecedência, a ruptura do contrato de trabalho, para que a outra parte tenha tempo hábil de buscar outro emprego (caso do empregado) ou preencher o cargo vago (caso do empregador).

A não comunicação prévia da rescisão por uma parte dá à outra o direito a indenização equivalente ao salário correspondente ao prazo exigido pela lei para o aviso.

Assim, se o empregador não concede aviso prévio, deverá indenizar o empregado com o pagamento do salário correspondente a, no mínimo, 30 dias de serviço. Do mesmo modo, se o trabalhador não comunica a ruptura do contrato com a antecedência necessária, o empregador tem o direito de descontar da folha de pagamento o salário relativo ao prazo que lhe deveria ter sido dado para buscar outro empregado para preencher o cargo.

Não se trata aqui, portanto, de sanção, mas de indenização pelo rompimento repentino do contrato de trabalho, independente de qual parte venha a fazê-lo.

Vale ressaltar que a Lei nº 12.506 foi publicada em outubro de 2011 e tem vigência imediata, ou seja, o direito ao aviso prévio proporcional de até 90 dias só é aplicável ao trabalhador demitido após a publicação da lei.

2.2.5 Multas do art. 467 e 477, § 8º da CLT - verbas rescisórias

Em relação às parcelas incontroversas devidas na rescisão, a CLT impõe as seguintes regras:

Art. 467 - Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.

Art. 477, § 6º - O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos:

- a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou
- b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.

§ 8º - A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

As multas dos arts. 467 e 477, § 8º, são sanções do nosso ordenamento, no âmbito do direito do trabalho, com natureza de pena e, portanto, com força para incentivar o cumprimento espontâneo de um direito do trabalhador.

Entretanto, no caso da multa do art. 467, o empregador poderá se esquivar de pagá-la quitando a parte incontroversa apenas na data de eventual comparecimento à justiça. No caso da multa do § 8º do art. 477, o valor será idêntico se pago em juízo ou espontaneamente, o que demonstra que fora ou em juízo, o tratamento é igual!

Ademais, por serem restritas apenas às verbas rescisórias incontroversas, estas multas não estimulam o cumprimento das obrigações durante o contrato de trabalho, mas somente o pagamento das verbas devidas na rescisão sobre as quais não houver controvérsia, quais sejam, aviso prévio, férias e 13º salário proporcional, além da multa de 40% do FGTS, se for o caso.

2.3 Consequências da ausência de sanções pena

A ausência de sanções pena traz como consequência uma cultura do descumprimento do Direito do Trabalho, constatada por Márcio Túlio Viana:

Mesmo quando a lei incide em termos abstratos, raramente se efetiva em termos concretos. É que no Direito do Trabalho, ao contrário do que acontece no Direito Civil, o cumprimento espontâneo da norma está cada vez mais longe de ser uma regra geral.⁶

⁶ VIANA, Márcio Túlio, coordenador; RENAULT, Luiz Otávio Linhares Renault, coordenador. Discriminação. São Paulo: LTr, 2000. p. 326.

Como se demonstrou pela análise de cada sanção - real ou aparente - do nosso ordenamento no âmbito do Direito do Trabalho e do seu potencial coercitivo, nosso direito positivo carece, à evidência, de incentivos ao cumprimento espontâneo dos direitos dos nossos trabalhadores pelos empregadores, de modo a evitar a inundação das varas trabalhistas com processos que, cada vez mais, se assemelham a simples “cobranças”, e tratam, cada vez menos, de controvérsias reais sobre o direito aplicável ao caso concreto.

A viabilidade econômica de se desprestigiar os direitos do trabalhador é evidente, pela ausência de consequências danosas ao empregador por fazê-lo (à exceção das multas dos arts. 467 e 477, §8º). As poucas sanções existentes no ordenamento punem a não concessão de um direito ao obreiro, ou melhor, o indenizam por tal conduta omissiva do empregador, mas não há nada que penalize o empresário por não pagar essa indenização, o que torna as medidas inócuas.

Portanto, as consequências econômicas de pagar ao tempo certo e de pagar em juízo são as mesmas para o empregador, sendo certo que as últimas são, na pior das hipóteses, demoradas e incertas. Aliás, levando-se em conta ainda a inevitável prescrição quinquenária, a consequência econômica da violação dos direitos do trabalhador será sempre mais benéfica que o cumprimento espontâneo, mesmo na remota hipótese de todos os trabalhadores que deixarem certa empresa a acionarem judicialmente pelos seus direitos violados.

Por isso, ao analisar do ponto de vista econômico o que é mais viável para uma empresa, a conclusão natural de um administrador será, invariavelmente, pelo desprestígio aos direitos básicos do trabalhador, o que se revela uma verdadeira falha do sistema.

3 Honorários na Justiça do Trabalho

3.1 Da necessidade da condenação ao pagamento de honorários

O pagamento dos honorários advocatícios pela parte sucumbente é uma necessidade que se impõe em qualquer ramo do direito, de modo a não punir a parte que teve que contratar um advogado para garantir o cumprimento dos seus direitos em juízo.

Isso porque, se o trabalhador se vê obrigado a ajuizar uma ação para ter seus direitos respeitados, ele não pode ser obrigado a pagar pelos serviços do advogado que teve que contratar mediante pagamento do seu próprio bolso, pois seria penalizada a parte que teve seus direitos violados, e não a parte violadora destes direitos.

Ora, se o empregador, ao desrespeitar os direitos do empregado, o obriga a buscar a defesa destes direitos na justiça, deve caber à empresa, logicamente, o pagamento dos custos que a ação judicial gerou, por ser a causadora desta ação. Entre eles, naturalmente, está o custo dos honorários advocatícios do procurador do empregado.

Neste sentido é a lição de Giuseppe Chiovenda:

A necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão, pois, a administração da justiça faltaria ao seu objetivo e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão.⁷

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1965. p. 159.

Na ausência de condenação ao pagamento dos honorários pela parte sucumbente, o trabalhador, além de receber seu crédito de natureza alimentar em atraso, ainda deverá abrir mão de uma parte do que receberia para pagar pelos serviços do seu advogado, imprescindíveis para alcançar um resultado positivo na ação judicial.

Raciocínio semelhante pode ser aplicado quando o trabalhador é a parte sucumbente na ação, pois, tendo o empregador agido correta e legalmente durante o contrato de trabalho, não se pode impor a ele o custo de se defender em juízo, uma vez que é certo que não foi ele quem deu causa a este custo.

Além disso, sem a figura dos honorários sucumbenciais, o trabalhador pode se ver ainda em situação difícil para conseguir contratar um advogado que o defenda, pois o profissional, naturalmente, exige retribuição por seu trabalho e, se o empregado não tem condições de fazê-lo, não vai sequer conseguir ajuizar a ação, a não ser pelo exercício do *jus postulandi*.

Poderia se argumentar que na justiça do trabalho há a predominância da figura dos contratos de resultado, em que o advogado recebe um percentual do que o trabalhador eventualmente vier a receber, mas o argumento não é suficiente, pois existem ações que não têm valor pecuniário mensurável, pois não visam a receber dinheiro. Nestes casos o trabalhador não poderia, sequer, retirar do valor a ser recebido o percentual do advogado, pois não haveria valor a ser recebido, ainda que saísse vitorioso na ação.

Além disso, há ações que, apesar de poderem ser mensuradas em valor econômico, tratam de quantias, muitas vezes, irrisórias, e, por isso, não seriam economicamente viáveis de se defender apenas por um percentual dos ganhos.

Já sobre a possibilidade do *jus postulandi*, a questão será tratada mais adiante, em item específico, sob o enfoque de que, com a crescente complexidade das relações de trabalho e do direito material e processual do trabalho, não é mais viável o exercício de tal direito na justiça do trabalho, seja pelo empregado ou pelo empregador, apesar de essa hipótese ser prevista na legislação. Tal prerrogativa gera, na atualidade, apenas consequências maléficas para o quem dela se utiliza no decorrer do processo.

3.2 Honorários Sucumbenciais

Abaixo estão listados os dispositivos que regulam a matéria dos honorários sucumbenciais na justiça do trabalho, bem como as súmulas e OJs pertinentes ao tema, que serão analisados em seguida:

Lei 1.060/50 - Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

V - dos honorários de advogado e peritos.

Lei 5.584/70 - Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

Súmula 219 - I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

OJ-SDI-1-305 TST - Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

Constituição da República - Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB - Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Súmula 329 do TST - Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

IN 27/05 do TST – Art. 5º - Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

3.2.1 Interpretação das Leis nºs 5.584/1970 e 1.060/1950

Há duas correntes de interpretação das leis nºs 5.587/1970 e 1.060/1950, sendo majoritária a que corrobora o entendimento sedimentado na Súmula 219 do TST, no sentido de que, na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento dos honorários de sucumbência está condicionada à assistência pelo sindicato, por força do art. 14 da Lei 5.584/1970.

Entretanto, há quem entenda que o significado da Lei nº 5.584/1970 foi deturpado pelas súmulas 219 e 329 do TST, além da OJ 305 da SDI 1 da mesma corte, pois, pelo texto da lei, teriam o direito a honorários todos os que recebem menos de 2 salários ou não têm condição de pagar advogado sem prejuízo de seu sustento, independente de assistência pelo sindicato. Segundo este entendimento, o art. 14 da Lei nº 5.584/1970 impõe ao sindicato a obrigação de prestar assistência judiciária, mas não diz que esta assistência somente existirá quando o sindicato estiver presente.

Nesse sentido, argumenta Eugênio José dos Santos:

A Lei n. 5.584/70, art. 14, não pode ser interpretada, como vem sendo, no sentido de ter excluído do processo trabalhista a Lei n. 1.060, tornando a assistência uma exclusividade dos sindicatos dos empregados: a) porque o texto não diz (como poderia parecer) que na Justiça do Trabalho a assistência “só será prestada pelo sindicato”; b) porque uma interpretação limitadora, que se deixe levar pela primeira impressão gramatical que transmite o texto, contraria o progresso histórico brasileiro; este é no sentido de seu aperfeiçoamento.⁸

8 SANTOS, Eugênio José dos. *in* Suplemento Trabalhista n. 116, v. 36. São Paulo: LTr, 2000. p. 658.

3.2.2 Da controvérsia sobre a vigência da Lei nº 5.584/1970

Além das duas correntes de interpretação da Lei nº 5.584/1970, é também controversa a própria vigência dos dispositivos da lei que tratam da assistência judiciária. A revogação destes dispositivos, segundo parte da doutrina, é irrefutável, tendo ocorrido em, pelo menos, um de dois momentos distintos.

A 'primeira revogação' teria ocorrido porque as normas sobre assistência judiciária presentes na Lei nº 5.584/1970 não teriam sido recepcionadas pela Constituição de 1988, especialmente em razão dos arts. 5º, inciso LXXIV, e 133 da Lei Maior.

Compartilha este entendimento o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Ophir Cavalcante Júnior:

Verifica-se, portanto, que além de não haver norma legal que cuide integralmente da matéria na CLT, a única disposição que tratava de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, vinculando-a à assistência jurídica pelo Sindicato, não foi recepcionada pela CF/1988, o que remete à aplicação do disposto no artigo 769 da CLT à hipótese, ensejando que o princípio da sucumbência, previsto no CPC, seja aplicado ao processo do trabalho.⁹

A 'segunda revogação' teria ocorrido com a promulgação das Leis nºs 10.288/2001 e 10.537/2002.

Por este entendimento, os dispositivos da lei de 1970 que tratavam da assistência judiciária teriam sido revogados pela Lei nº 10.288/2001¹⁰, que modificou o art. 789 da CLT dando-lhe a seguinte redação:

Art. 789 – (omissis)

9 CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. *In* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 42, n. 83. Belém, 2009. p. 162

10 Lei nº 10.288/2001 - Art. 1º - O art. 789 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte § 10:

"Art. 789

§ 10. O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda." (NR)

§ 10 – O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda.

Com a introdução do § 10º ao art. 789 da CLT, teriam sido revogados, tacitamente, os dispositivos da Lei nº 5.584/1970 que regulavam a assistência judiciária, uma vez que o parágrafo regularia a matéria integralmente, por força do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.707, de 1942)¹¹.

Posteriormente, com a edição da Lei nº 10.537/2002¹², o artigo 789 da CLT passou a ter nova redação, sendo revogado o parágrafo dez. Com isso, a matéria teria ficado sem regramento específico para a Justiça do Trabalho, pois, ainda por força da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹³, nosso ordenamento não admite o efeito da repristinação, a não ser quando expresso na lei revogadora.

Colabora para o entendimento desta tese a explicação de Ophir Cavalcante Júnior:

11 Decreto-Lei nº 4.707, de 1942 - Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

12 Lei nº 10.537/2002 - Art. 1º - Os arts. 789 e 790 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Seção III

Das Custas e Emolumentos

Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e serão calculadas:

I – quando houver acordo ou condenação, sobre o respectivo valor;

II – quando houver extinção do processo, sem julgamento do mérito, ou julgado totalmente improcedente o pedido, sobre o valor da causa;

III – no caso de procedência do pedido formulado em ação declaratória e em ação constitutiva, sobre o valor da causa;

IV – quando o valor for indeterminado, sobre o que o juiz fixar.

§ 1º - As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal.

§ 2º - Não sendo líquida a condenação, o juízo arbitrar-lhe-á o valor e fixará o montante das custas processuais.

§ 3º - Sempre que houver acordo, se de outra forma não for convencionado, o pagamento das custas caberá em partes iguais aos litigantes.

§ 4º - Nos dissídios coletivos, as partes vencidas responderão solidariamente pelo pagamento das custas, calculadas sobre o valor arbitrado na decisão, ou pelo Presidente do Tribunal." (NR)

"Art. 790 (...)

13 Decreto-Lei nº 4.707, de 1942 - Art. 2º, § 3º - Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Em resumo, havia a Lei n. 5584/70, que disciplinava a assistência judiciária pelo Sindicato, prevendo que a sucumbência só seria devida quando o trabalhador estivesse assistido pelo ente sindical. Em seguida, entrou em vigor a Lei n. 10.288/2001, que ao dispor sobre o jus postulandi e sobre a assistência judiciária, derogou os dispositivos da Lei n. 5584/70. Logo depois, mais exatamente em setembro de 2002, entrou em vigor a Lei n. 10.537/2002, que não previu qualquer norma sobre a assistência judiciária pelo Sindicato, revogando, assim, as modificações introduzidas pela Lei n. 10.288/2001.

Como se vê, portanto, ao revogar as disposições introduzidas pela Lei n. 10.288/2001, sem nada mencionar acerca da assistência judiciária sindical, a Lei n. 10.537/2002 não ripristinou as disposições da Lei n. 5584/70 por ser incompatível com o nosso ordenamento jurídico este efeito (LICC, art. 2º, par. 3º). Nesse sentido a jurisprudência já começou a se posicionar:

Honorários de advogado na Justiça do Trabalho – A verba de honorários de advogado é devida nos termos da Constituição Federal em vigor (art. 133) e legislação infraconstitucional, como o art. 20 do CPC e Estatuto da OAB (art. 22). Não há que se cogitar na incidência da orientação contida nos Enunciados 219 e 329 do TST, que somente admitem honorários advocatícios na hipótese de assistência judiciária gratuita prevista na Lei 5584/70, já que esta teve os dispositivos referentes à assistência judiciária gratuita revogados pela Lei 10.288/2001. Nosso ordenamento jurídico não admite o fenômeno da ripristinação (LICC) e a Lei 1060/50, nem o par. 3º do art. 790 da CLT, que atualmente regem a matéria, não fazem nenhuma referência à assistência sindical, não havendo, portanto, sentido algum em vincular-se o pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho a esta hipótese. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido. (TRT 7ª Reg. Ac. N. 2034, RO 1619-2005-026-07-00-9, 1ª T., DOE/CE 4/7/06, Rel., Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro).¹⁴

Assim, ainda que se admita que o art. 14 da Lei nº 5.584/1970 foi recepcionado pela Constituição de 1988, o dispositivo não se encontra mais em vigor, pela promulgação das Leis nºs 10.288/2001 e 10.537/2002.

3.2.3 Assistência pelo Sindicato - Análise

Apesar dos argumentos contrários expostos acima, o TST, pelas Súmulas 219 e 329, consolidou o entendimento de que a lei prevê o direito ao pagamento de

¹⁴ CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 42, n. 83. Belém, 2009. p. 164-165

honorários advocatícios apenas para os demandantes que estiverem acompanhados do advogado do sindicato, além de se encontrar em situação econômica específica.

No entanto, não há razão para se limitar o pagamento de honorários advocatícios apenas para o trabalhador que estiver assistido pelo ente sindical, pois essa limitação só tem a possibilidade de gerar consequências maléficas para o obreiro.

Extingue-se, com a restrição, o direito de escolha do trabalhador, obrigando-o a ajuizar ação através do ente sindical, se não quiser ter que arcar com o pagamento dos honorários, que, como visto em item anterior, ainda podem agir, na prática, como uma forma de penalizar o empregado por buscar a defesa de seus direitos em juízo.

A limitação do pagamento de honorários sucumbenciais para os trabalhadores assistidos pelo sindicato, contemporaneamente, há de ser alterada, pois não há benefício, para o trabalhador ou para o sindicato, que justifique tal limitação.

Pode ser alegado que a medida visa a fortalecer o sindicato, obrigando que os trabalhadores a ele ligados se utilizem da sua assistência. No entanto, o eventual fortalecimento proveniente do conhecimento da questão coletiva pelo ente sindical esbarra na situação atual de que existem inúmeros advogados qualificados e que o trabalhador tem o direito de escolha do profissional que quer que o represente.

Na prática, em vez de gerar uma busca de melhora dos serviços por parte do sindicato para atender aos integrantes da categoria, a consequência da restrição é a eventual acomodação, pois, independentemente da qualidade do serviço prestado, o trabalhador se vê inclinado a buscar o advogado do sindicato, em detrimento de outros que atuem no mercado sem vinculação ao ente sindical, considerando que não terá que fazer qualquer pagamento do profissional e este terá, pela lei, os honorários garantidos.

A mudança da lei, portanto, geraria apenas consequências benéficas para o trabalhador, pois, assim, a garantia de acesso seria ampla, garantida a primeira onda de Capelletti e Garth¹⁵.

O trabalhador poderia escolher qual o profissional, dentre todos os atuantes no mercado, atenderia melhor às suas necessidades, sem a consequência danosa de ter que arcar com o pagamento dos honorários, ainda que viesse a ganhar a causa.

Assim, mostra-se extremamente urgente a necessidade de mudança da lei, para que se extinga, expressamente, a limitação da assistência pelo sindicato para a condenação da parte vencida ao pagamento dos honorários sucumbenciais.

3.3 Indenização por contratação de advogado

Outra possibilidade para se imputar o pagamento dos honorários à parte sucumbente é através da sua condenação ao pagamento de indenização pelo dano causado por ela, ao obrigar a outra parte a acioná-la judicialmente (ou se defender, no caso da parte que está no polo ativo ser a sucumbente). Esta indenização está prevista no art. 389 do Código Civil de 2002, e, ainda que não específica, é plenamente aplicável ao caso de quem se vê obrigado a contratar advogado para patrocinar uma ação trabalhista no intuito de obter o pagamento de seus direitos.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

15 “O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 31.

A condenação, neste caso, é de indenização à parte vencedora no valor dos honorários advocatícios, pois, por ação ou omissão exclusivamente atribuída à parte vencida, a parte vitoriosa na ação se viu obrigada a realizar gastos com a contratação de um advogado.

Pela situação atual do nosso ordenamento jurídico, o procedimento mais aceito pela jurisprudência é o de pedir indenização pelas perdas e danos causados pelo não cumprimento das obrigações contratuais.

Poderia se argumentar, como faz parte da jurisprudência e da doutrina, que o empregado tem a opção do *jus postulandi* e que, por ser a contratação do advogado facultativa, uma escolha da parte, não seria cabível o pagamento de indenização por esta liberalidade do postulante:

EMENTA: CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR. INDENIZAÇÃO. Os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho somente serão devidos quando houver prestação de assistência judiciária pelo sindicato profissional do trabalhador e na hipótese autorizada pelo parágrafo 1o. do art. 14 da Lei 5.584/70. No caso vertente, o reclamante pleiteia a indenização por perdas e danos advindos da contratação de advogado para postular em juízo, não se referindo aos honorários sucumbenciais propriamente ditos, e, sim, ao ressarcimento dos valores desembolsados com tal contratação para receber seus direitos. Não obstante a Lei lhe outorgue o "jus postulandi" (art. 791 da CLT), optou por contratar advogado. Se não quisesse arcar com essa despesa poderia, inclusive, ter se válido da assistência do sindicato de sua categoria, conforme lhe faculta a Lei, evitando o dano material que alega ter sofrido.

Relatora Desembargadora Monica Sette Lopes. 01299-2007-006-03-00-6 RO. Divulgação: DJMG, 04/09/2008, pág. 11.

O argumento, entretanto, é construção de parte da jurisprudência e da doutrina, que entende ser a indenização pela contratação do advogado incompatível com o *jus postulandi* por interpretação lógica, e não por previsão expressa da lei.

Em que pese o respeito pelos que adotam a posição, entendo que essa interpretação não é a melhor possível. Ora, se o fato de poder postular em causa própria excluísse o direito à indenização pela eventual contratação de advogado, não haveria mais indenização por perdas e danos no ordenamento brasileiro.

Por este raciocínio, quem contratou um empreiteiro que não finalizou a obra no prazo combinado, por exemplo, estaria autorizado, pela lei, a terminar a construção por conta própria, o que excluiria a indenização por eventuais perdas e danos.

Quem sofreu dano à saúde poderia se automedicar, não carecendo, portanto, de indenização por gastos com médicos.

O cidadão que teve seu automóvel avariado por um terceiro, por ter a possibilidade de consertá-lo sem a ajuda de um mecânico, tampouco faria jus à indenização pelo dano sofrido. O mesmo raciocínio serviria para qualquer dano ao patrimônio físico.

Mesmo o dano irreparável, e somente indenizável em dinheiro, como o dano moral, não careceria de indenização. Quem sofreu o dano, poderia trabalhar e ganhar o dinheiro que receberia como indenização, pois o ordenamento assim permite, não fazendo jus, portanto, ao pagamento da indenização pelo causador do dano.

É isso que se exige, de fato, do trabalhador, quando se alega que ele poderia se utilizar do *jus postulandi* e, portanto, não faria jus à indenização pela contratação do advogado, por ser uma escolha sua. “*Ora, se o trabalhador está autorizado pela lei a fazer o trabalho do advogado, ele não pode ser indenizado se resolver contratar um profissional*”, é o argumento ‘lógico’ que se propõe.

No entanto, por um raciocínio realmente coerente, sabe-se que toda pessoa pode trabalhar para tentar diminuir as perdas e danos sofridos pelo não cumprimento de um contrato pela outra parte, e geralmente o faz. Mas isso não exclui, sob hipótese alguma, a indenização devida pela parte que descumpriu o contrato pelas perdas e danos que ocasionou.

Ressalte-se, ainda, que, além de obrigar o trabalhador a buscar o cumprimento da obrigação pela via judicial, a empresa, uma vez acionada judicialmente, coloca mais obstáculos, por manobras processuais, para o adimplemento da obrigação, dificultando ainda mais a quitação do débito e reforçando a necessidade de contratação de advogado que consiga, pelo conhecimento jurídico e experiência na área, transpor as dificuldades impostas pela própria empresa ao pagamento do que é devido.

Ou seja, a própria conduta da empresa, de resistir ao cumprimento da obrigação por todos os meios possíveis, inclusive jurídicos, é que impõe a necessidade de contratação de especialista pelo trabalhador, que, sozinho, atuaria no processo com a mesma eficiência que uma pessoa enferma que tenta operar a si mesma na mesa de cirurgia.

3.4 Mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº 3.392/2004¹⁶

3.4.1 Fim do *Jus Postulandi*

O Projeto de Lei 3.392/2004, de autoria da então Deputada Federal Clair da Flora Martins, em trâmite na Câmara dos Deputados em Brasília, propõe modificações no art. 791 da CLT, para pôr fim ao *jus postulandi* na justiça do trabalho, exigindo o acompanhamento de advogado para ajuizar ação perante os seus órgãos.

16 Projeto de Lei 3.392/2004 - Art. 1º O art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 791. A parte será representada por advogado legalmente habilitado.

§ 1º Será lícito à parte postular sem a representação de advogado quando:

I – tiver habilitação legal para postular em causa própria;

II – não houver advogado no lugar da propositura da reclamação ou ocorrer recusa ou impedimento dos que houver.

§ 2º A sentença condenará o vencido, em qualquer hipótese, inclusive quando vencida a Fazenda Pública, ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas sem conteúdo econômico e nas que não alcancem o valor de alçada, bem como naquelas em que não houver condenação, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas dos incisos I, II e III do parágrafo anterior.”(NR)

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Ficam revogados os arts. 731, 732 e 786 da Consolidação das Leis do Trabalho e o art. 15 da Lei nº 5.584/70.

O texto do projeto abre exceção, apenas, para o postulante que for legalmente habilitado para postular em causa própria ou quando não houver advogado no lugar da propositura da ação, ou ocorrer recusa ou impedimento dos que existirem.

Com isso, o projeto extingue da CLT o que, na prática, já não tem se verificado com muita frequência. O fim do *jus postulandi*, entretanto, não é o maior objetivo do projeto de lei, mas um meio para se alcançar a finalidade que ele pretende, qual seja, possibilitar a condenação da parte sucumbente ao pagamento dos honorários do advogado da outra parte. Isso porque, se o *jus postulandi* serve, atualmente, como justificativa para a não condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais ou da indenização pela contratação de advogado, uma vez extinto, não haverá dúvidas quanto ao cabimento da condenação.

Entretanto, entendo não ser necessária a extinção do *jus postulandi*, pois, uma vez que o texto do projeto de lei determina o pagamento de honorários sucumbenciais expressamente, a existência do direito de postular em causa própria não mais serviria de justificativa para se excluir o pagamento de honorários.

Assim, o *jus postulandi* continuaria a cumprir papel importante que ainda tem nos dias de hoje, que é o espaço das pequenas causas de pagamento de verbas rescisórias, que, em geral, não exigem conhecimento técnico para serem ajuizadas.

3.4.2 Instituição de honorários sucumbenciais entre 10% e 20% do valor da condenação

Caso o projeto de lei no 3.392/2004 venha a ser aprovado, não haverá mais dúvidas quanto ao cabimento dos honorários na justiça do trabalho, tampouco sobre seu valor, pois o projeto estabelece, expressamente, que a sentença condenará o vencido ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, observados alguns critérios para fixá-los.

Note-se que os honorários de sucumbência serão fixados, na possível vigência da lei instituída pela aprovação do projeto, com base no valor da condenação, que não deve ser confundido com o valor da causa, estimado pela parte na petição inicial e fixado pelo juiz ao proferir a sentença.

Nas causas sem conteúdo econômico, o projeto prevê que o juiz determinará o valor dos honorários por equidade, atentando para os mesmos critérios utilizados para a fixação do percentual relativo às causas que possuem valor econômico, quais sejam, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, além do trabalho realizado pelo advogado e do tempo exigido para o seu serviço.

4 Eficiência e celeridade na fase de execução

A fase de execução, ainda que processada nos mesmos autos do processo de conhecimento na justiça do trabalho, é, na realidade, um processo a parte, embora dependente do conteúdo e das decisões proferidas na fase de conhecimento.

A própria lógica da execução se assemelha à da fase de conhecimento, podendo se fazer uma analogia entre a fase de liquidação e a fase de instrução, entre os embargos à execução e a defesa, entre a decisão sobre os embargos à execução e a sentença de mérito, o acórdão de agravo de petição e o de recurso ordinário, e assim em diante.

A liquidação de sentença, de acordo com o art. 879 da CLT, pode ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos. Em geral, a liquidação se dá por cálculo, sendo eles mais ou menos complexos, dependendo da condenação. Para cálculos mais complexos, quando não há consenso entre as partes em relação ao valor devido, é necessária a utilização da figura do perito oficial, profissional da contabilidade de confiança do juiz e nomeado por ele para o encargo. Nestes casos, os cálculos podem se tornar tão complexos, chegando a um ponto em que os próprios advogados e juízes não dominam completamente o seu conteúdo e a maneira de confeccioná-los.

Devida à complexidade da questão e, especialmente, ao fato de que a matéria se torna mais complexa, justamente, numa área do conhecimento alheia ao direito, a dificuldade de compreensão detalhada dos cálculos se torna um prato cheio para a parte que visa a tentar enganar o juízo, ou simplesmente a postergar o pagamento.

Por isso, é imperiosa a busca da eficiência deste verdadeiro “processo a parte”, para inibir as condutas enganosas e protelatórias, pois de nada adianta, para o trabalhador, ter seus direitos reconhecidos na fase de conhecimento e não tê-los devidamente liquidados e executados na fase de execução.

Entretanto, justamente pela complexidade da matéria e seu relativo desconhecimento por parte dos aplicadores da lei, há um excesso de recursos

manifestamente protelatórios, carentes de qualquer fundamento legal razoavelmente aceitável e que se repetem por todas as instâncias, por simples cópia e mudança de endereçamento, que não são combatidos pelo judiciário. Aliás, os recursos protelatórios e infundados se multiplicam, em grande parte, por causa da ausência de barreiras à sua interposição.

Neste sentido, aponta Francisco Antonio de Oliveira o problema da ineficácia da coisa julgada na justiça do trabalho, justamente em razão da sistemática litigância protelatória levada a cabo pelos executados e da não repulsa da prática por parte do judiciário:

Inúmeros recursos estarão à disposição de advogado hábil para fazer com que o processo se arraste legalmente, com supedâneo no princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, princípios dos quais a decantada informalidade trabalhista não consegue se desvencilhar. A demora em transformar em pecúnia o comando sentencial condenatório traduz estratégia para que se façam pseudos acordos ou transações por valor muito inferior ao devido, que nada mais são do que verdadeira renúncia, uma vez que não existe mais a res dúbia, posto que o direito se apresenta líquido e certo. Vale dizer, renuncia-se ao crédito alimentar (...) Daí a pergunta que não se cala: quem tem medo da coisa julgada? A culpa pela situação caótica em que se transformou a fase executória e o desrespeito à coisa julgada, embora tenha a influencia de fatores externos, deve-se também, em parcela considerável, à leniência dos magistrados, de todas as jurisdições. O desprestígio da coisa julgada traduz o desprestígio do próprio Poder Judiciário que continua declarando o direito sem possibilidade concreta de transformá-lo em realidade.¹⁷

Porém, como se verá, o próprio ordenamento outorga aos aplicadores do direito os instrumentos para combater a litigância manifestamente protelatória em fase de execução, cabendo ao judiciário colocar estes instrumentos em prática, visando à eficiência do processo de execução trabalhista.

Por outro lado, um modelo de cálculo mais detalhado poderia trazer mais celeridade para o recebimento dos créditos pelo trabalhador, inibindo ainda mais atitudes desleais e protelatórias por parte dos executados.

17 OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 43, n. 84. Belém, 2010. p. 158/159.

4.1 Efeitos da prolação da sentença na liquidação da condenação

A eficiência da execução trabalhista começa, naturalmente, na prolação da sentença de mérito, que deverá conter os parâmetros para a liquidação das condenações, sob pena de se prolongar, inutilmente, a fase de execução. Assim nos ensina César Machado Júnior sobre o tema:

A não especificação de todos os parâmetros para a elaboração dos cálculos, na decisão proferida, resulta na violação do art. 460¹⁸, parágrafo único, do CPC, sendo a hipótese de interposição de embargos declaratórios para a supressão da omissão.

O que se verifica no cotidiano forense é a existência habitual de sentenças ilíquidas e, nessa protelação na fixação dos elementos indispensáveis para a realização dos cálculos, há um superdimensionamento da liquidação de sentença, o que contribui de forma significativa para a demora na solução do processo de execução.

Quando não se esgota completamente a cognição própria do processo de conhecimento e translada-se indevidamente essa cognição para o processo de execução, tem-se uma multiplicação de incidentes processuais que são totalmente incompatíveis com a certeza e a liquidez que se espera e se deseja de todo título executivo.¹⁹

Portanto, também a prolação eficiente da sentença repercutirá na celeridade da execução, facilitando sobremaneira a liquidação da condenação e evitando que recaiam dúvidas sobre os critérios a serem adotados para os cálculos.

4.2 Da aplicação dos arts. 879, § 2º e 897, § 1º da CLT

18 Art. 460 - É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

19 MACHADO JÚNIOR, César. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011. p. 417

A observância dos seguintes dispositivos, por si só, seria uma barreira eficaz para as atitudes desleais citadas acima.

Art. 879, § 2º - Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

Art. 897, § 1º - O agravo de petição só será recebido quando o agravante delimitar, justificadamente, as matérias e os valores impugnados, permitida a execução imediata da parte remanescente até o final, nos próprios autos ou por carta de sentença.

Entretanto, como se verá a seguir, não há o rigor que se espera, por parte do nosso judiciário, na aplicação destes verdadeiros obstáculos aos recursos protelatórios na fase de execução.

O §2º do art. 879 determina que a impugnação do cálculo de liquidação deve ser fundamentada e os itens e valores objeto de discordância devem ser discriminados, sob pena de preclusão.

Na prática, porém, o que se vê são impugnações com fundamentação, muitas vezes, absurda, que visam apenas a retardar a execução - o que se pode admitir até certo limite, pois é difícil traçar uma linha entre o absurdo e o razoável - e que não apontam itens e valores objetos de discordância.

O mesmo acontece com o §1º do art. 897, que é, em regra, solenemente ignorado.

Para interpor agravo de petição contra a decisão de embargos à execução, o recorrente deveria apontar as matérias e os valores impugnados, de modo a permitir a execução imediata da parte remanescente até o final. Isso se justifica porque o agravo de petição pode demorar a ser julgado, e, posteriormente, ainda mais o recurso de revista. Com isso, o trabalhador já conseguiria receber o que não é objeto de controvérsia. No entanto, ao não delimitar as matérias e os valores com os quais discorda, o agravante evita que o trabalhador receba qualquer quantia.

Poderia se alegar que, pela fundamentação e pedidos expostos no texto de um agravo de petição, seria possível deduzir quais são os itens impugnados e calcular o que restou incontroverso, mas aí se trataria de uma nova etapa de cálculos, em que o perito do juízo teria de atuar novamente, além de ser dada vista às partes e proferida

nova decisão, com possibilidade de recurso, o que tornaria inócua a medida e causaria tumulto desnecessário no processo.

Na doutrina, a aplicação rigorosa dos arts. 879, §2º e 897, §1º é sugerida por Valentin Carrion como medida útil à eficiência da execução:

A impugnação fundamentada e a preclusão do art. 879, §2º, aquela repetida quando do agravo de petição (art. 897, §1º), evidencia a decidida vontade da lei de tornar objetiva, rápida e livre de resistências a execução. A contrariedade tem de ser direta, precisa e evidente. É absolutamente conveniente que assim seja; apesar de abrir-se um campo de certa subjetividade, o magistrado não pode cair no oposto de acobertar execuções tomadas pela ignomínia exagerada que a toda evidência violem a coisa julgada, o bom-senso e o equilíbrio sereno da Justiça. A letra da lei não diz que o executado deverá, além de indicar os itens e valores que impugna, oferecer também seus cálculos exatos, ou seja, sua conta. Mas não é injurídico que assim se interprete a intenção do legislador; tal exegese recomenda ao juiz ponderado que, na intimação à parte, o faça saber, para que posteriormente não possa transparecer arbitrariedade ou cesarismo.²⁰

Assim, uma vez exigido o detalhamento dos valores impugnados quando da interposição de recurso contra a homologação dos cálculos, fica possibilitada a execução da parte incontroversa até o final, alcançando-se, ainda que parcialmente, a finalidade do processo com mais celeridade.

4.3 Da aplicação do art. 514, II, do CPC e da Súmula 422 do TST

O Código de Processo Civil prevê, para a interposição de recurso, a necessidade de fundamentá-lo, como se vê abaixo:

Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:
II - os fundamentos de fato e de direito;

20 CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

Ao interpretar a norma do CPC, o TST chegou ao entendimento expresso na Súmula 422, no sentido de aplicar a norma do código ao direito processual do trabalho:

Súmula 422 - Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta.

A utilização de recursos com intuito manifestamente protelatórios, além de encontrar entraves nos arts. 879, §2º e 897, §1º da CLT, como visto acima, deveria esbarrar no art. 514, II do CPC e em sua interpretação consolidada na Súmula 422 do TST.

No entanto, não é o que se vê na realidade dos tribunais, onde recursos que não atacam a decisão que deveriam atacar, mas simplesmente repetem a fundamentação já superada pela decisão da qual estão recorrendo, são prática comum e timidamente repelida pelos aplicadores da lei.

Se se recorre de uma decisão sem atacar seus fundamentos, não se está a merecer julgamento, pois não está demonstrado o inconformismo com a decisão recorrida. Pelo entendimento consolidado na Súmula 422 do TST e por força do art. 514, II, do CPC, um recurso nesses moldes não deveria ser sequer recebido.

Ao receber tais recursos, o sinal que se dá para os recorrentes é o de que vale a pena interpor recurso com fundamento sabidamente absurdo, pois este fundamento não terá que ser sustentado, mas apenas repetido, para subir a discussão para as instâncias superiores e postergar, ainda mais, a execução.

A fim de coibir a prática, além de não ser recebido o recurso, deveria ser aplicada multa por litigância de má fé, por provocação de incidente manifestamente infundado (art. 17, VI, CPC). Ora, se a parte não fundamentou o porquê de estar descontente com a decisão da qual recorre, trata-se, indubitavelmente, de incidente manifestamente infundado.

Nesse sentido é a lição de César Machado Júnior:

Contudo, temos de afirmar que a interposição de recursos protelatórios é uma das principais causas no prolongamento indevido da prestação jurisdicional, como a apresentação de recurso desfundamentado, ou seja, aquele que não atacou as razões da decisão recorrida.²¹

O simples fato de se exigir que se fundamente a discordância com cada decisão, além de se pautar na lei processual e no princípio da razoabilidade, impactará, no litigante de má fé, além da multa possivelmente aplicada, num aumento de custo para continuar a tentar postergar injustificadamente a execução, uma vez que não mais se admitirá a simples cópia de petição com mudança de endereçamento, mas sim um pensar jurídico para combater cada decisão, e, portanto, mais tempo de trabalho do setor jurídico ou do advogado contratado. Esse aumento do custo financeiro para postergar a execução, naturalmente, pesará quando empresa e advogados tiverem de decidir entre recorrer sistematicamente de todas as decisões na fase de execução ou recorrer somente daquelas decisões que entenderem ser realmente passíveis de correção, causando diminuição dos recursos protelatórios.

4.4 Modelo de cálculo detalhado – Ferramenta para dar celeridade ao processo de execução

Uma possibilidade para se evitar o problema atual da impugnação protelatória dos cálculos de liquidação, aliada à aplicação rigorosa dos arts. 879, §2º e 897, §1º da CLT, 514, II do CPC e Súmula 422 do TST é a criação de um modelo de cálculos a ser utilizado para aqueles pedidos mais comuns na justiça do trabalho, pois assim os cálculos seriam sempre separados e detalhados nos mesmos moldes e, conseqüentemente, os cálculos de liquidação se tornariam mais compreensíveis

21 MACHADO JÚNIOR, César P. S.. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011. p. 204.

para o juiz e os próprios advogados das partes, geralmente leigos quando se trata de cálculos contábeis.

Mais importante, se tornaria mais fácil a aplicação dos arts. 879, §2º e 897, §1º, uma vez que mais simples a delimitação dos valores objetos de discordância e, com isso, mais difícil impugna-los sem fundamentação razoável. Assim, ao impugnar o cálculo de uma verba, o recorrente delimitaria, por exemplo, que o valor do item X está errado por tal razão, o que reflete no item Y, portanto X+Y formam o valor objeto de discordância, podendo o restante ser executado até o final.

Naturalmente, não se trata aqui de tarefa fácil, pois a criação de um modelo de cálculos e, principalmente, a adaptação de peritos e juízes a esse modelo, certamente, levariam tempo. No entanto, por necessária e útil à efetividade da justiça, entendo ser uma medida válida e que o esforço necessário para implementá-la, sem dúvidas, seria recompensado pela celeridade que seria trazida ao processo de execução.

5 Conclusão

Por todo o exposto, este estudo buscou demonstrar a lamentável constatação de que, através de uma análise econômica do Direito do Trabalho, o administrador de empresa se verá inclinado, invariavelmente, a desrespeitar os direitos dos seus trabalhadores, por ser essa atitude mais benéfica para os objetivos da empresa.

Essa situação leva ao absurdo de transformar o processo trabalhista em consequência natural da rescisão do contrato de trabalho, uma vez que empregado e empregador sabem que a legislação é sistematicamente descumprida pelas empresas e o único modo de o trabalhador receber o que lhe é devido é através do exercício do seu direito de ação.

Por isso, mostra-se imperiosa a necessidade da atuação do legislador e do aplicador do direito para reverter esta lógica, tornando mais benéfico economicamente, aos olhos do empregador, o estrito cumprimento da legislação trabalhista e evitando que a Justiça do Trabalho se torne mero cobrador de débitos trabalhistas em atraso.

Através da imposição de sanções, da figura dos honorários advocatícios – que funcionarão, em parte, também como forma de penalizar a parte que desrespeitou a lei trabalhista -, e de uma maior eficiência na fase de execução, poderá ser alcançado o objetivo de ver o Poder Judiciário ser acionado apenas para solucionar controvérsias reais de direito, questões em que, de fato, há dúvida real e razoável sobre o direito a ser aplicado ao caso.

Quanto mais célere e, por que não, respeitada, a Justiça do Trabalho, mais o empregador buscará o cumprimento da legislação trabalhista espontaneamente e menos processos chegarão às mesas dos juízes, num círculo virtuoso que dará ainda mais celeridade à prestação jurisdicional e proporcionará mais tempo e qualidade para a análise e resolução de demandas complexas e realmente controversas, que devem ser, em essência, o foco maior do Poder Judiciário.

6 Referências Bibliográficas

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 2ª edição brasileira, São Paulo: Martins Fontes, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1965.

VIANA, Márcio Túlio, coordenador; RENAULT, Luiz Otávio Linhares Renault, coordenador. Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 43, n. 84. Belém, 2010.

SANTOS, Eugênio José dos. *in* Suplemento Trabalhista n. 116, v. 36. São Paulo: LTr, 2000. p. 658.

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. V. 42, n. 83. Belém, 2009

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MACHADO JÚNIOR, César P. S.. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.