

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1074

(Ano XIV)

(05/03/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Inquérito policial e prova: um estudo do valor probatório da investigação criminal

Eduardo Luiz Santos Cabette, 07.

ARTIGOS

Contratos eletrônicos: uma nova forma de se contratar

Lucas Medeiros de Moura Barreto Alves, 22.

A análise da legalidade pelos Tribunais de Contas estaduais das contratações temporárias de servidores públicos nos Estados e Municípios

Benigno Núñez Novo, 33.

O uso de rebites por caminhoneiros: e suas consequências nas rodovias

Ingrid Stefani de Brito Santos, 41.

O princípio da confidencialidade na mediação – uma abordagem entre Brasil e Portugal

Daniel Magalhães Albuquerque Silva, 61.

Os ativos intangíveis e os princípios da governança corporativa.

Alexandre de Souza Araújo, 75.

Teletrabalho: a inconstitucionalidade da ausência de controle de jornada e o direito a desconexão ao trabalho

Lara Caxico Martins Miranda e Enan Augusto Fernandes Pieraço, 92.

O papel do Terceiro setor no caráter dirigente da Constituição brasileira

Alexandre de Souza Araújo, 105

Responsabilidade civil do Estado na forma omissiva

Katia Regina Mendes da Silva, 117.

Requisitos da Desconsideração da Personalidade Jurídica decorrentes das alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica

Marcela Vieira Marconi, 126.

A responsabilidade civil nas relações de consumo físicas e virtuais diante dos vícios de produto e serviço

Lucas Medeiros de Moura Barreto Alves, 144.

INQUÉRITO POLICIAL E PROVA: UM ESTUDO DO VALOR PROBATÓRIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia aposentado, Parecerista e Consultor Jurídico, Mestre em Direito Social (com enfoque em Processo Penal), Pós – graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal.

1 – INTRODUÇÃO

A doutrina nacional tem demonstrado, ao longo dos anos, uma pobreza franciscana no que diz respeito ao estudo do Inquérito Policial.

Os manuais apresentados aos acadêmicos de direito nos bancos das faculdades são, para dizer o mínimo, extremamente reduzidos e preñes de vários equívocos quando tratam do tema do Inquérito Policial ou mesmo da investigação criminal em geral.

Dentre os grandes erros, certamente dois se destacam. Um deles é a chamada “unilateralidade” do Inquérito Policial, o qual é apresentado como um instrumento a serviço do órgão acusatório (Ministério Público), destituindo-o de seu caráter muito mais amplo, voltado para a apuração da verdade sobre fatos concretos, não importando se essa apuração venha a beneficiar a futura acusação ou à defesa, se resulte em arquivamento do feito ou em denúncia. Esse equívoco conceitual produz profissionais que não têm noção mínima da função verdadeira do Inquérito Policial e, por vezes, se deixados a esmo com essas instruções, não terão nunca noção de suas próprias funções na persecução penal na qualidade de futuros Delegados de Polícia, Promotores, Advogados ou Juízes. Outro equívoco, que será mais propriamente o objeto deste texto, é a questão do valor probatório do Inquérito Policial. Nesse tema há terrível discrepância entre abstrações teóricas e o mundo concreto, levando a uma verdadeira dissonância cognitiva de estudiosos, estudantes e profissionais do Direito. Mas, a realidade é que mesmo no campo da teorização a atribuição da condição de peça “meramente informativa” (sic) ao Inquérito Policial é algo insustentável e é o que se pretende demonstrar ao longo deste trabalho.

Para a finalidade acima exposta, iniciar-se-á com a exposição do conceito e finalidade da prova na área criminal, a partir do que se poderá avaliar mais corretamente o efetivo valor probatório da fase investigatória no Processo Penal.

Ao final serão retomados os principais aspectos estudados, apresentando-se um desfecho conclusivo.

2 – CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA CRIMINAL

Para iniciar um discurso sobre a prova em geral é necessário, primeiramente, estabelecer seu objeto fundamental. Não se trata de uma abordagem específica da prova criminal, da prova na seara jurídica ou mesmo científica, mas do que pode e deve, em geral, ser objeto de prova. É dessa visão ampla que se pode partir para os temas mais especializados, com o devido conhecimento do que propriamente se pode denominar “prova”.

O universo da prova é constituído tão somente daquilo de que não se tem “evidência”. O conhecimento por presença, por intuição, ou seja, daquilo que é evidente ou notório não se confunde com a prova. A prova enseja então, com base em uma estrutura mental de contato entre evidências dadas um complemento do nosso conhecimento e convencimento acerca de fatos, coisas ou ideias. Imaginar que a prova independe ou surge espontaneamente separada de um mundo concreto de evidências e conhecimentos intuitivos prévios é como imaginar um aquário cheio de água e peixes, mas sem a estrutura vítrea que o sustenta. Não é sem razão que é tão conhecido o brocardo latino segundo o qual “notoria non sunt probanda” (fatos notórios dispensam provas).

A prova, portanto, é o resultado de procedimentos levados a efeito na persecução penal com a finalidade de demonstrar a veracidade de determinados fatos alegados contra ou em favor de alguém. Sua finalidade no Processo Penal é o convencimento. Esse convencimento é por excelência o do julgador (juiz ou tribunal), mas também outros atores processuais podem ser destinatários da prova para o cumprimento de determinadas funções (v.g. o Ministério Público para a formação de sua “opinio delicti” ou as partes em geral para decidir sobre seu conformismo ou inconformismo com a decisão proferida e a interposição ou não de recurso).¹ Note-se que a prova não se confunde com os fatos ou com as evidências que os compõem. Os fatos, as evidências existem independentemente da prova. A prova tem um caráter de convencimento, de criação de uma sensação de “certeza” ou ao menos de alguma “segurança”, ainda que não exauriente no espírito de seu destinatário. Por isso não é algo tão simples, e talvez não seja nem mesmo adequado, pretender separar o conceito da finalidade da prova. A nosso ver a finalidade de convencimento da prova não é meramente instrumental, mas constitutiva da própria natureza fundamental da prova.

¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26^a. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 480. O autor chama a atenção para o fato de que o juiz é o destinatário principal da prova, mas não o único.

A compreensão do que seja substancialmente a prova só aparentemente, como mero ponto de partida ou esquematicamente se pode produzir por um processo de análise (decompositiva) entre o ato de comprovar, demonstrar a veracidade de certo fato e a finalidade para a qual essa comprovação se dirige, que é o convencimento de alguém. O entendimento correto do que seja substancialmente a prova só pode ser obtido mediante um processo de síntese desses dois elementos indissociáveis (compositivamente). Disso se conclui que a prova é substancialmente teleológica, ou seja, sua finalidade é constitutiva de seu “ser” e não um elemento externo a este.

Esse nosso pensamento não difere de autores clássicos como, por exemplo, Malatesta que considera a prova “sob um duplo aspecto: quanto à sua natureza e produção e ao efeito que produz no espírito daqueles perante quem é produzida”. 2

Similar é o ensinamento de Mittermaier:

Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato, que é, por força de lei, de consequências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se prova”. 3

A respeito do caráter teleológico da prova não parece ter dúvida Paiva, com base nos escólios de Hélie e Mittermaier:

Segundo Faustin Hélie, em tese considera-se como prova, todo o meio jurídico de adquirir a certeza de um fato ou de uma proposição, ou, na frase de Mittermaier, a soma dos motivos produtores da certeza.

A prova pode tomar-se em dupla acepção: como meio de chegar ao descobrimento da verdade, e como expressão de uma verdade já adquirida. 4

Na doutrina nacional contemporânea encontramos a correta ponderação de Bonfim quanto ao fato de que a palavra “prova” no Brasil tem diversas acepções, não sendo possível, como ocorre no Direito Norte – Americano, distinguir termos como “evidence”

2 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 81.

3 MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 55.

4 PAIVA, José da Cunha Navarro. *Tratado Teórico e Prático das Provas no Processo Penal*. Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2004, p. 29.

(indicador dos “meios de prova”) e “proof” (designativo do “resultado da atividade probatória no espírito do julgador”). Embora o autor em destaque se posicione por uma pluralidade de “conceitos” de prova com “distinta acepção”, acaba tal posição não fugindo, ao final e ao cabo, de uma concepção sintética e não analítica de prova. 5

Importante lembrar que na seara criminal, para fins de condenação, o que se busca produzir em termos de convencimento do julgador é um estado de espírito de “certeza” da prática do crime pelo acusado. Em caso de dúvida, esta operará em benefício do réu (“in dubio pro reo”). Não se confunda “certeza” com “presunção”. Nesta segunda não existe maior segurança, apenas se presume algo de acordo com a experiência ou em virtude de lei. Mas, na área criminal, as presunções somente devem atuar em benefício do réu, já que temos como basilar o “Princípio da Presunção de Inocência”, o qual não se coadunaria com um pervertido “Princípio de Presunção de Culpabilidade”. Finalmente, não se pode embarcar na ilusão de que a “certeza” se identifique com a “verdade”. A “certeza” é um estado de espírito (subjetivo – relativo), enquanto que a “verdade” se refere a fatos (objetivo – absoluto). Por isso, é infelizmente possível que um réu seja condenado, mesmo sendo inocente ou seja inocentado mesmo sendo culpado. Não exijamos de um juízo humano predicados de um juízo Divino. A César seja dado o que é de César e a Deus o que é de Deus (Mateus 22:21). É preciso estar ciente, como nos alerta Carnelutti, de que o Processo Penal é prenhe de misérias humanas. 6

Outro aspecto relevante é que a “certeza”, enquanto estado anímico subjetivo, comporta graus maiores ou menores. Por outro lado, a “verdade” não pode ser graduada. Não há propriamente, como é de costume dizer sem pensar, “várias verdades”, “a sua verdade e a minha verdade”, não, a “verdade” é uma só, é absoluta. O que pode variar é a impressão pessoal de cada indivíduo ou grupo, suas interpretações, suas opiniões, suas “certezas”. Se caminho em direção de um abismo e alguém me avisa, mas eu tenho certeza de que não há abismo, isso não fará com que eu não caia e morra. A verdade é única e estava com quem me apontou o perigo. Esses conceitos são importantes porque é preciso ter em mente que a prova, no que se refere à formação de convicção, pode variar em seu grau de exigência quanto à “certeza” sem deixar de ser prova.

Em suma, sendo a prova criminal dirigida ao convencimento e, em última análise à certeza do julgador e sendo essa certeza diversa da “verdade”, passível de gradação e, portanto, permeável a maior ou menor intensidade de “dúvida”, pode-se dizer que aquilo

5 BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 411 – 412. Também aponta para as diversas acepções da palavra “prova” e a dificuldade de um conceito unívoco Dellepiani. Cf. DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*. Trad. Erico Maciel. Campinas: Minelli, 2004, p. 21 – 26.

6 CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2º ed. Campinas: Russel, 2009, “passim”.

que pode ser considerado como prova também é sujeito a uma variação correlata. Assim sendo, pode-se formular uma noção de “prova em sentido amplo” como aquela que se destina a comprovar e formar convencimento de atores processuais em geral, com a criação de uma sensação de “certeza” maior ou menor. Também se pode apresentar uma noção de “prova em sentido estrito”, que seria aquela destinada especificamente ao julgador (juiz ou tribunal), que, embora não visando à comprovação da “verdade”, busca a produção de um estado de “certeza” intenso, se não absoluto, próximo a isso na medida do possível.

Não é sem razão que Greco Filho afirma que “a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém” (sentido amplo).⁷

Embora se procure teoricamente fazer uma separação entre prova e atividade probatória, entendemos, com Fenech, que prova é um conceito dinâmico, inseparável da atividade probatória, de maneira que “provar” é efetivamente criar um estado de certeza no espírito do julgador, formar sua convicção sobre a verdade ou falsidade de uma alegação ou de uma situação fática relevante para a tomada de decisão ou solução a ser dada a um processo.⁸ E mais, o destinatário da prova, embora seja por excelência o julgador, não o é exclusivamente, de modo que são também destinatárias da prova as partes no Processo Penal (Ministério Público, Defesa, Querelante), de acordo com suas funções e atribuições.

Enfim, a própria etimologia da palavra “prova” (latim “probare” – testar, demonstrar que algo tem valor; latim “probus” – o que é correto, de valor, virtuoso), está a indicar um significado abrangente do termo e isso não somente no vernáculo comum, mas também na seara jurídica, onde sua aplicação prática é efetivamente ampla e não restrita conforme pretendem alguns.

3 – VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

Infelizmente o estudo do Inquérito Policial tem sido relegado a um segundo plano ou até mesmo abandono ou velado preconceito por parte dos juristas brasileiros, o que ocasiona um arcabouço doutrinário extremamente pobre e, muitas vezes, equivocado.⁹

Verifica-se uma estagnação da doutrina que sequer se esforça por atualizar as alterações operadas no tratamento do Inquérito Policial e da investigação preliminar em geral na legislação brasileira e suas consequências quanto a vários aspectos práticos e

⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 219.

⁸ FENECH, Miguel. *El Proceso Penal*. 4ª. ed. Madrid: AGESA, 1982, p. 107.

⁹ MORAES, Bismael Batista de. O inquérito policial é o vilão no Direito brasileiro? São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 28, out./dez., 1999, p. 255 -264.

teóricos. Na maioria das vezes o que se encontra nas obras de Processo Penal a respeito do Inquérito Policial e da investigação em geral são apenas repetições acríticas e até desatualizadas de vetustas lições. Não se costuma encontrar qualquer revisão de posições ou esforço de compreensão da complexidade existente no que tange à fase inaugural da persecução penal. Platão usava a palavra “metaxy” para designar a situação do homem no constante trajeto de esforço entre a ignorância e o conhecimento. Esse denominado “entremeio da existência” consiste em uma “tensão” que aguça e impele a consciência na sua busca constante de conhecimento. 10 Mas, com relação à investigação criminal parece que nossos estudiosos praticamente abandonam esse esforço inerente ao ser humano de busca constante do saber, preferindo acomodar-se na ignorância, na insuficiência e no erro.

Como já destacado introdutoriamente, há dois equívocos capitais dos quais deriva uma série de enganos quanto ao Inquérito Policial. O primeiro é o da sua suposta “unilateralidade”, voltada ao polo da acusação. O segundo, que acaba derivando do primeiro, é a sua qualificação como um procedimento “meramente informativo”, no bojo do qual não se produzem provas, mas apenas coletam-se informações para formar a convicção do Ministério Público ou do Querelante.

É trilhando por sendas tortuosas como essas que é possível encontrar na doutrina a seguinte afirmação:

“As provas colhidas no inquérito só servem para formar a *opinio delecti*”. 11

E o próprio autor da frase acima, logo adiante é obrigado a se desmentir para afirmar que as provas periciais irrepitíveis produzidas no Inquérito Policial são as mesmas utilizadas ulteriormente em juízo. 12

Similar ensinamento é encontrado na obra de Fernando Capez 13, o qual afirma que “o inquérito policial tem conteúdo informativo”, sendo sua finalidade “fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos para a propositura da ação penal”. 14 Num mesmo embrulho vêm os dois erros capitais, unilateralidade e função “meramente informativa”. E novamente ocorre o fenômeno de

10 VOEGELIN, Eric. Razão: A Experiência Clássica. Disponível em <https://contraosacademicos.com.br/blog/eric-voegelin-razao-a-experiencia-classica/>, acesso em 28.06.2021.

11 CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 40.

12 Op. Cit., p. 40.

13 O qual, diga-se de passagem, é Professor da Academia de Polícia Civil de São Paulo!

14 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

que o mesmo autor que afirma o caráter “meramente informativo” é obrigado a se desmentir e reconhecer que o Inquérito Policial teria “valor probatório, embora relativo”.
15

Como aduz Bonfim:

No entanto, a maior parte da doutrina tende a negar a possibilidade de uma condenação lastreada tão somente em provas obtidas durante a investigação policial. Admitem quando muito, que essas provas tenham natureza indiciária, sejam *começos de prova*, vale dizer, dados informativos que não permitem lastrear um juízo de certeza no espírito do julgador, mas de probabilidade, sujeitando-se a posterior confirmação. 16

O grande problema com essas afirmações errôneas é que são teorizações que se apartam da realidade e, portanto, não podem ter mais sustento do que uma folha de papel. A enorme relevância do Inquérito Policial ou da investigação preliminar em geral em qualquer sistema processual penal é inegável, é fato bruto que não admite argumentação racional em contrário. Não existe processo sem uma investigação que o anteceda, isso não somente no Brasil, mas em qualquer lugar minimamente civilizado. Já se tentou eliminar o Inquérito Policial. São exemplos a revogada Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4898/65), que previa a denúncia feita pelo Promotor apenas com base nas declarações da suposta vítima, sistema que nunca funcionou na prática e foi extinto mesmo em sua abstrata previsão pela atual Lei 13.869/19. Outro caso gritante é o da Lei 9.099/95, cujo proplado “Termo Circunstanciado”, acaba nada mais sendo, na prática, do que um pequeno inquérito, quando não é realmente instaurado o próprio inquérito devido à complexidade da apuração. Finalmente, há que mencionar a chamada “dispensabilidade” do Inquérito Policial, campo em que a teoria colide com a prática de forma retumbante. Em pesquisa realizada por Zanon, foram coletados dados oficiais fornecidos pelos Ministérios Públicos da União e do Estado de São Paulo, considerando o período entre os anos de 2017 e 2020. Esclarece o autor que na seara federal 71,80 % “dos processos foram iniciados com base em inquéritos policiais”. Apenas 2,01 % “das ações penais tiveram como base a investigação realizada pelo Ministério Público Federal”. Em termos estaduais a predominância do Inquérito Policial na fase investigatória é “quase que absoluta”. Zanon constata, apresentando tabelas numéricas dos dados oficiais, que 99,60 % “das ações penais do Estado de São Paulo são iniciadas com base em inquéritos policiais”, deixando-se uma insignificante cifra de 0,125 % de “processos iniciados com base em investigações

15 Op. Cit., p. 119.

16 BONFIM, Edilson Mougenot, Op. cit., p. 210.

ministeriais”. 17 E percebe-se que, mesmo quando não há o inquérito, há alguma investigação preliminar.

Tamanha relevância da fase investigatória não se coaduna com uma visão minimizadora. Na verdade o Inquérito Policial não tem função meramente coadjuvante, mas determina indiretamente o desate e influencia no resultado final do processo.

Aqui não se pode deixar de lembrar o que nos ensina Orwell:

“Por mais que você negue a verdade, ela vai continuar a existir às suas costas”. 18

Ainda mais contundente é a afirmação do filósofo espanhol Julián Marías quanto ao fato de que a realidade não só *existe*, mas é aquilo que *resiste de forma invencível* aos enganos do entendimento humano. Em suas palavras:

(...) a realidade “não desiste”. Os desejos humanos ou a vontade podem fazê-lo. Não se podem fazer concessões sobre a gravidade ou a dureza dos materiais ou a impenetrabilidade dos corpos. A realidade tem uma estrutura que precisa ser reconhecida e aceita; se a desconhecemos ou negamos, ela “se vinga” a sua maneira com um sistema implacável de resistências. Mas, a realidade não é só física: é também humana, pessoal, social, histórica. Suas estruturas são mais complexas, e por isso mais difíceis de descobrir e precisar, mas nem por isso são menos efetivas. E o erro a respeito delas, ou a falta de respeito, se pagam com desastres. 19

O artigo 155, “caput”, CPP realmente impede o juiz de fundamentar sua decisão “exclusivamente” nos elementos do Inquérito Policial, mas ressalva as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.

Ora, se o magistrado não pode decidir “exclusivamente” com base no Inquérito, significa dizer que este pode servir de lastro probatório em conjunto com a prova produzida em juízo, só não pode haver fundamentação *isolada* com base na fase investigatória. Além disso, mesmo uma decisão somente com base em dados do Inquérito pode ocorrer desde que se sustente em cautelares e provas irrepetíveis, tais como perícias,

17 Cf. ZANON, Raphael. A fase extraprocessual da persecução criminal: o inquérito policial e sua indispensabilidade para a propositura da ação penal. In: LEITÃO JÚNIOR, Joaquim (org.). *Tratado Contemporâneo de Polícia Judiciária*. Volume 2. Cuiabá: Umanos, 2020, p. 147.

18 ORWELL, George. *Sobre a Verdade*. Trad. Claudio Alves Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 103.

19 MARÍAS, Julián. *Tratado Sobre a Convivência – Concórdia sem acordo*. Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 23.

busca e apreensão, documentos coletados na fase investigatória etc. É impossível não enxergar que, por exemplo, em casos de crimes financeiros, muitas vezes a prova mais relevante, senão a única, são documentos e perícias. E estes são dados colhidos e produzidos na fase investigatória.

Tanto é fato que se pretendeu no Processo Legislativo retirar a palavra “exclusivamente” do texto, mas os esforços baldaram, não por questões corporativistas ou coisa que o valha, mas por uma rendição à realidade. Há efetivamente casos em que a prova “produzida extrajudicialmente, terá plena validade e eficácia na formação da convicção do Juiz”.²¹ Além disso, é preciso ter em mente que um dos mais destacados argumentos para a deslegitimação dos elementos do Inquérito Policial como prova no Processo Penal, qual seja, sua característica inquisitiva, tem sido mitigado ao longo do tempo com alterações legais e garantias constitucionais que estendem, ainda que parcialmente, o contraditório e a ampla defesa à fase investigativa, estando afastado claramente o “antigo paradigma de investigação inquisitória”.²² Há garantias que sempre existiram no CPP, tais como a possibilidade de requerer diligências na fase de investigação (artigo 14, CPP). Há garantias constitucionais diversas aplicáveis ao IP, tais como direito ao silêncio e não autoincriminação; direito à assistência da família e advogado, direito à informação (v.g. Nota de Culpa) etc. O direito de acesso aos autos pelo defensor e investigado é indiscutível, seja diante da Súmula Vinculante 14 STF, seja da legislação que prevê como abuso de autoridade a negativa injustificada de acesso (artigo 32 da Lei 13.869/19). Também não se podem olvidar as disposições trazidas pela Lei 13.245/16, que aumentaram grandemente as prerrogativas dos advogados na fase do Inquérito Policial, inclusive com possibilidade de formulação de quesitos em perícias, oferta de razões etc. Não há, ademais, como desvincular o Inquérito Policial, como parcela da Persecução Penal, do Princípio do Devido Processo Legal.

Não prospera a alegação de Rangel quanto à interpretação de que a palavra “exclusivamente” não estaria a autorizar o juiz a utilizar o material probatório do inquérito, ainda que em conjunto com o produzido em juízo.²³ Trata-se de um esforço hercúleo com o fito de insistir naquilo que, como visto, o legislador rechaçou e que já era negado pela jurisprudência. Como destaca Lima, a Lei 11.960/08, que deu a atual redação ao artigo 155, CPP, “ao inserir o advérbio *exclusivamente*” veio a “confirmar a posição jurisprudencial que vinha prevalecendo”. Assim sendo, os elementos do inquérito não podem ser

²⁰ CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. Da Prova. In: GOMES, Luiz Flávio (org.). *A Prova no Processo Penal*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 12.

²¹ Op. Cit., p. 14.

²² Op. Cit., p. 12.

²³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 82 – 83.

“desprezados”, mas devem “se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação da convicção do órgão julgador”. 24

Observe-se que essa insistência nos erros capitais da unilateralidade e mera informatividade do Inquérito Policial causam uma espécie de cegueira para o fato inconteste de que a prova e os indícios coligidos na fase investigatória são hábeis a fundamentar, ainda que isoladamente, a *absolvição do acusado*. Negar isso seria um rematado absurdo. Não obstante é raro encontrar algum autor nacional que se lembre dessa relevantíssima função probatória do Inquérito Policial. Sabe-se que o réu não tem o ônus de comprovar sua inocência, mas tem esse direito, o qual pode ser exercido com o uso dos mais variados recursos, não sendo possível vedar-lhe a argumentação com fulcro nos dados do caderno investigatório. Louvável exceção a essa regra de cegueira encontra-se na obra de Machado:

“Nada impede, (...), que o juiz absolva o réu com base tão somente na prova produzida no inquérito, o que nesse caso emprestaria a este último um valor probante absoluto”. 25

Outro aspecto importante que costuma passar despercebido em meio às repetições de bordões é a alegação, em tom depreciativo, de que a prova do Inquérito Policial tem valor “relativo”. Não é plenamente possível concluir se isso deriva somente da falta de interesse e preconceito com o estudo do Inquérito Policial ou se advém de um vício intelectual mais profundo. Na dúvida escolhemos atribuir esse erro a ambas as hipóteses. A falta de estudo é autoexplicativa. Quanto ao vício intelectual, cabe esclarecer que se trata de uma corrente noção errônea do que seja um “limite” ou uma “limitação” efetiva que se possa atribuir a um “ser”. É comum, por exemplo, que se afirme que o ser humano é limitado por sua incapacidade de voar ou de prever o futuro ou pela necessidade de alimentação etc. Ora, essas supostas “limitações” não são verdadeiras “limitações”, são componentes da condição humana. Uma característica intrínseca e substancial de algo não pode ser considerada um limite, mas sim componente de seu “ser”. A palavra “limite” nesses casos somente pode ser utilizada de forma imprópria. Uma verdadeira limitação de um ser humano, por exemplo, seria a falta de uma capacidade natural da sua constituição, tal como a incapacidade de falar, de andar, de respirar adequadamente, de raciocinar etc. É no seio dessa espécie de vício intelectual que se aponta a “relatividade” da prova do inquérito como uma pecha, como uma característica pejorativa, desvalorizadora. Na verdade, enquanto prova ou elemento probatório, tudo quanto produzido no Inquérito Policial somente poderia ter caráter “relativo”, tal qual ocorre com qualquer espécie de prova, inclusive aquelas produzidas em juízo. Toda prova é relativa e somente ganha força

24 LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 74.

25 MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

numa avaliação conjunta. Lembremos do chamado “limite probatório da unicidade”²⁶ que nos ensina que nenhuma prova isolada, nem mesmo a confissão, tem o condão de ser suficiente para um decreto condenatório. Somente se pode condenar alguém com base em um conjunto probatório coerente. Apontar a relatividade da prova do inquérito como uma espécie de limitação ou falha desta é não somente um erro jurídico, mas intelectual. Nem mesmo é viável hierarquizar a prova produzida no inquérito e a prova produzida em juízo, vez que não há espaço para a superada “Prova Tarifada”, vigorando hodiernamente o “Sistema do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional”.²⁷ Nas palavras constantes do item VII da “Exposição de Motivos” do CPP, de autoria do Ministro Francisco Campos:

Todas as provas são relativas: nenhuma terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que a outra. Se é certo que o juiz fica adstrito à provas constantes dos autos, não é menos certo que não ficará subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material.

Com a devida noção da relatividade geral das provas e inspirado pelo costumeiro bom senso, assim se manifesta Noronha:

Qual o valor probatório do inquérito? Não obstante *informar* o processo e não obstante não ter a categoria de provas judiciais, quando há maiores garantias para o acusado, com a publicidade dos atos, a assistência de advogado etc., força é convir que o inquérito contém peças de valor probatório, quando regularmente realizadas, tais quais o auto de prisão em flagrante, os exames de corpo de delito etc.

Mas mesmo para outros atos, não há negar que eles concorrem para o conjunto probatório sobre o qual se firmará a livre convicção do juiz. Se um ladrão habitual confessa haver cometido um furto, se o objeto deste é encontrado em sua casa e se uma pessoa viu o transporte para esta, como se negar valor a sua confissão policial, somente porque em juízo ele negou a prática do crime, sem, contudo, explicar o transporte e a posse do objeto?

Creemos, pois, que, não obstante a natureza inquisitorial da investigação da Polícia, não se pode de antemão repudiar o inquérito,

²⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Dei, Op. Cit., p. 497.

²⁷ Sobre os sistemas de apreciação da prova no processo penal, vide por todos: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 577 – 579.

como integrante do complexo probatório que informará a livre convicção do magistrado. Claro que se a instrução judicial for inteiramente adversa aos elementos que ele contém, não poderá haver prevalência sua. 28

Não é possível desqualificar o Inquérito Policial com relação ao seu valor probatório no Processo Penal, muito menos inadmitir que nele sejam produzidas “provas”. Por isso é escorreito o ensinamento de Marcão ao conceituar a prova no Processo Penal de forma abrangente:

“Em sentido estrito, *prova* é a informação ou conjunto de informações determinadas, trazidas aos autos em que materializada a persecução penal, por iniciativa do Delegado de Polícia, das partes no processo, pelo juiz ou por terceiros”. 29

Frise-se que na atualidade os autos de Inquérito Policial compõem os autos do Processo em juízo. Há defesa por parte de alguns quanto à necessidade de uma separação desses autos e isso, inclusive, já foi aprovado na chamada Lei Anticrime (Lei 13.964/19), dando nova redação ao Código de Processo Penal, com a criação do artigo 3º. – C, § 3º., CPP, que manda separar os autos de investigação do processo, mantendo apenas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas. Esse dispositivo, porém, está com vigência suspensa pelo STF, conforme decisão do Ministro Luiz Fux em cautelar nas ADIns n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, confirmada pelo Ministro Alexandre de Moraes no HC 195.807/STF.

Mas, ainda que venha a vigorar a separação dos autos, o Inquérito Policial continuará produzindo provas irrepetíveis em juízo, as quais têm enorme relevância probatória e não serão separadas. Além disso, conforme indicamos no início de nossas considerações, de uma forma ampla, a prova pode se dirigir não somente ao juiz, mas também a outros atores do Processo, com maior ou menor grau de “certeza” ou “convencimento”. Nesse passo, a formação da convicção do Ministério Público para denunciar ou promover o arquivamento dos autos, se dá com sustento em todas as diligências probatórias produzidas no bojo do Inquérito Policial, seja ele separado posteriormente ou não dos autos. Ainda que haja uma separação física ou virtual, ninguém poderá impedir as partes de terem acesso às peças do inquérito, que permanecerá como elemento de convencimento e, portanto, prova. Sob o prisma da defesa isso se torna ainda mais importante, pois que a absolvição sempre poderá ser fundamentada em qualquer elemento de convicção, inclusive pelo magistrado. Até mesmo para ensejar a resignação ou irresignação das partes com a decisão judicial, as provas são importantes e, nessa situação, se dirigem à acusação e à defesa e não do magistrado julgador, de modo que

28 NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 23.

29 MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 460.

para a formação desse juízo quanto ao exercício ou não do duplo grau de jurisdição, a prova em geral, produzida no inquérito ou no processo, será útil. 30

4 – CONCLUSÃO

Neste trabalho foi abordado o tema do valor probatório do Inquérito Policial no Processo Penal, apontando-se comuns equívocos da doutrina nacional quando da exposição desse tema, pretendendo sempre minimizar a relevância da fase investigatória da Persecução Penal.

Iniciou-se pela exposição do conceito e finalidade da prova, sendo demonstrado que a finalidade de convencimento e formação de “certeza” da prova é constitutiva de sua natureza substancial, de forma que toda atividade que busca o convencimento de um ator processual é atividade probatória, no mínimo, em um sentido amplo.

Assim sendo, não é possível jamais, em qualquer quadro de regras processuais (esteja o Inquérito Policial compondo ou não totalmente os autos de processo), desprezar o valor probatório do Inquérito Policial, seja em sua função de convencimento judicial ou de outros atores do processo, seja para a condenação ou absolvição do réu, para a interposição de recurso ou para a resignação com a decisão final. Ademais, o valor das provas do inquérito é realmente relativo, mas essa relatividade não é característica exclusiva sua e sim qualidade inerente a toda e qualquer prova, que deve sempre ser avaliada em um conjunto coerente e não isoladamente. É preciso urgentemente desmistificar os dois erros capitais repetidos à exaustão quanto ao Inquérito Policial, quais sejam, sua unilateralidade e sua “mera” informatividade. Daí é que nascem todos os demais equívocos jurídicos e até mesmo intelectivos no estudo ou talvez na falta de estudo devido desse instrumento tão importante da Persecução Penal.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 22^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

30 É explícito sobre o tema da destinação da prova não só ao juiz, mas às partes, Paulo Rangel: “Não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa. A irresignação das partes em aceitar como expressão da verdade a decisão judicial fundamentada em determinado material probatório é que irá, em princípio, motivar o exercício ao duplo grau de jurisdição. Assim, primordialmente, as provas destinam-se ao Juiz e, secundariamente, às partes”. Cf. RANGEL, Paulo, Op. Cit., p. 480.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2º ed. Campinas: Russel, 2009.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. Da Prova. In: GOMES, Luiz Flávio (org.). *A Prova no Processo Penal*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*. Trad. Erico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

FENECH, Miguel. *El Proceso Penal*. 4ª. ed. Madrid: AGESA, 1982.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARÍAS, Julián. *Tratado Sobre a Convivência – Concórdia sem acordo*. Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, Bismael Batista de. O inquérito policial é o vilão no Direito brasileiro? São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 28, p. 255 – 264, out./dez., 1999.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ORWELL, George. *Sobre a Verdade*. Trad. Claudio Alves Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

PAIVA, José da Cunha Navarro. *Tratado Teórico e Prático das Provas no Processo Penal*. Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VOEGELIN, Eric. Razão: A Experiência Clássica. Disponível em <https://contraosacademicos.com.br/blog/eric-voegelin-razao-a-experiencia-classica/>, acesso em 28.06.2021.

ZANON, Raphael. A fase extraprocessual da persecução criminal: o inquérito policial e sua indispensabilidade para a propositura da ação penal. In: LEITÃO JÚNIOR, Joaquim (org.). *Tratado Contemporâneo de Polícia Judiciária*. Volume 2. Cuiabá: Umanos, 2020.

CONTRATOS ELETRÔNICOS: UMA NOVA FORMA DE SE CONTRATAR

LUCAS MEDEIROS DE MOURA BARRETO ALVES:

Assessor no Ministério Público Federal em Alagoas. Pós-graduando em Direito Constitucional. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas.

RESUMO: É inerente ao ser humano travar relações contratuais com seus semelhantes. Porém, é extremamente complexo fazer isso numa sociedade ambientada em um desenvolvimento tecnológico constante e que atinge diretamente na forma de contratar das pessoas. O presente estudo tem o fim de analisar brevemente as relações contratuais eletrônicas que são tão comuns atualmente, mas ao mesmo tempo não estudada muito a fundo pelos juristas contemporâneos, investigando suas espécies e seus requisitos de validade.

Palavras-chave: Relações contratuais. Desenvolvimento tecnológico. Validade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O contrato eletrônico e suas espécies: 2.1 Contratos Intersistêmicos; 2.2 Contratos Interpessoais; 2.3 Contratos Interativos. 3. Demais considerações acerca dos contratos eletrônicos. 4. A diferença entre contratos eletrônicos e verbais. 5. Os requisitos de validade dos contratos eletrônicos. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As relações entre os indivíduos foram ficando cada vez mais complexas à medida que a própria sociedade se massificou e também se tornou composta de dificuldades inéditas em relação ao período anterior. Aliás, é singular da natureza humana construir, elaborar ou adaptar fatos e coisas desconhecidas anteriormente e incomuns para determinadas pessoas.

Obviamente isso se estende nas relações contratuais. Como se poderia imaginar, há centenas de anos, que seria possível negociar as dívidas, quando estas eram pagas nos moldes da responsabilidade pessoal e não patrimonial? Indo além, como se poderia imaginar em fazer negócios entre pessoas de diferentes continentes, quando não havia comércio marítimo? Mais adiante, há cerca de apenas vinte anos, seria imaginável que inúmeras relações contratuais diárias entre os indivíduos poderiam ser simplesmente realizadas com um "click" no celular? Fato é que a constância de alterações sensíveis na forma de se relacionar atinge de maneira direta e extremamente considerável em como se deve estudar e compreender o fenômeno contratual, este que reflete a própria cultura relacional de uma sociedade.

De um lado a complexidade social, de outro a necessidade de adaptação dos contratos. Não de forma paralela, mas sim em conjunção. É justamente nesse elo que se encontram muitos dos contratos eletrônicos, relações que ocorrem de maneira muito veloz, sem fronteiras e diariamente inovadora. Basta pensar os espantosos desenvolvimentos tecnológicos nos aparelhos celulares e nos computadores portáteis, assim como a própria difusão da *internet*, que atualmente é tão necessária e comum, que é difícil pensar como era há somente alguns anos. Pois bem. Ao mesmo tempo, a normatividade não fica estagnada às mutações, e realmente não deve, mas sim busca acompanhá-las, afinal, independentemente da forma, continua sendo uma relação contratual, merecendo a incidência jurídica para proteger as relações que se fazem presentes.

Porém, como dito anteriormente: é extremamente difícil e complexo analisar relações que se perfazem num meio tecnológico tão desenvolvido e versátil. Apesar disso, faz-se necessário que as relações eletrônicas sejam estudadas a fundo para que as partes envolvidas não sejam prejudicadas pelas naturais onerosidades obtidas de forma excessiva ou pelas eventuais submissões que os contratantes possam se submeter.

2 O CONTRATO ELETRÔNICO E SUAS ESPÉCIES

Inicialmente, é válido registrar a contínua expansão do desenvolvimento tecnológico como um fenômeno caracterizador sociedade contemporânea, implicando, assim, na exigência de que o ordenamento jurídico inove em suas normas, objetivando uma efetiva regulação das relações sociais, vide a impossibilidade das regras jurídicas tradutoras de um modelo exclusivo de contrato consensual paritário (LÔBO, 2017, p. 75) não prestarem mais a devida tutela dos direitos subjetivos.

Se a sociedade sempre foi extremamente volúvel em virtude da própria variabilidade da natureza humana, tal fato ampliou-se com a revolução industrial e, mais recentemente, com o avassalador desenvolvimento dos meios tecnológicos. É justamente nessa conjuntura que o jurista deve estar inserido para conseguir captar todas as questões problemáticas e buscar solucioná-las. Aqui, nas relações contratuais, não seria diferente. Não se contrata em todas as situações da mesma forma. Os indivíduos não se prendem aos contratos ditos “nominados”. As pessoas estão em constância, contratando de acordo com a disponibilidade dos meios para agir.

Nesse contexto, surgem os contratos eletrônicos como aqueles caracterizados por uma oferta por meio eletrônico, a qual a mensagem eletrônica é meio semelhante à telecomunicação (LÔBO, 2017, p. 91). Com isso quer-se dizer que, em virtude de uma sociedade complexa inserida num mundo tecnológico e costumeiramente virtual nas relações travadas entre os indivíduos, a comunicação é realizada por intermédios eletrônicos, onde estes funcionam como se fossem a comunicabilidade que fora mais

comum outrora - diretamente entre os contratantes. Assim são conceituados os contratos eletrônicos, como aqueles que duas ou mais partes, que se comunicam entre si, com um ou mais equipamentos de informática (VENOSA, 2017, p. 183).

Por sua vez, pode ser ainda definido como aquele em que o computador é utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes (LEAL, 2017, p. 79). Com isso, se as partes manifestarem a vontade através de veiculação de mensagens eletrônicas, tais contratos, independentemente da natureza do objeto contratual, integram-se à categoria de contratos eletrônicos (LEAL, 2017, p. 81).

Não obstante, para que corresponda a uma efetiva oferta, deve a mensagem eletrônica ser submetida em um sistema de informação alheio ao controle do remetente ou da pessoa que enviou a mensagem eletrônica em nome do remetente (LÔBO, 2017, p. 91).

No que diz respeito ao consentimento, para ser considerado contrato eletrônico, o contrato deve ser eletronicamente consentido (LEAL, 2017, p. 81). Sem embargo,

a adoção da teoria da recepção, para os contratos firmados pelo correio eletrônico, se justifica como protetiva ao consumidor aderente, afastando a insegurança da teoria da expedição, quanto à chegada da comunicação eletrônica ao seu destino (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 87).

Tal opção, baseada no Enunciado 173 do Conselho da Justiça Federal, não poderia ser diferente. Diante de um cenário marcado pelo crescente dos meios tecnológicos, faz-se necessário - principalmente pelos contratos interativos - dar mais garantias ao consumidor, retirando, assim, a insegurança da teoria da expedição, quanto à chegada da comunicação eletrônica ao seu destino (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 87).

Os contratos eletrônicos atualmente possuem mais de uma espécie, divididas a fim de facilitar a compreensão do grau de relevância que os meios eletrônicos exercem na relação contratual.

2.1 CONTRATOS INTERSISTÊMICOS

Primeiramente, registre-se a existência dos contratos eletrônicos *intersistêmicos*, os quais são:

Normalmente utilizados entre as empresas para as relações comerciais de atacado, caracterizando-se, primordialmente, pelo fato de a comunicação entre as partes contratantes operar-se entre redes

fechadas de comunicação, através de sistemas de aplicativos previamente programados (LEAL, 2017, p. 82).

Neles, as empresas previamente dispuseram a respeito dos direitos e obrigações e atribuições de cada parte. Contudo, após a programação dos programas aplicativos, não há mais manifestação da vontade humana (LEAL, 2017, p. 83). Ou seja, os programas eletrônicos são essencialmente o caminho utilizado pelos contratantes na celebração do contrato, mas, apesar disto, aqueles não são integrantes da manifestação de vontade dos indivíduos (MONTAI DE LIMA, 2006), pois nos contratos intersistêmicos o meio eletrônico é tão somente o intermédio utilizado.

Registre-se ainda que na utilização desse tipo de contrato há o respeito à autonomia das partes envolvidas, não se impondo restrição alguma ao processamento interno das informações e aos mecanismos de trocas de dados (LEAL, 2017, p. 85), significando justamente que no contrato eletrônico intersistêmico os meios utilizados não constituem o dolo contratual. A exemplo, destaca-se o *EDI - Eletronic Data Interchange* - que permite a comunicação entre os diferentes equipamentos de computação das empresas (LEAL, 2017, p. 82).

2.2 CONTRATOS INTERPESSOAIS

Outra espécie de contrato eletrônico é o *interpessoal*, em que a comunicação entre partes, pessoas físicas ou jurídicas, opera-se por meio de computador, tanto no momento da proposta, quanto no momento da aceitação e instrumentalização do acordo (LEAL, 2017, p. 85).

Diferentemente da espécie de contrato anterior, nestes últimos os meios eletrônicos compõem a própria relação contratual, nos dizeres de Rogério Montai de Lima (2006) são aqueles em que o computador não é somente um meio de comunicação entre as partes, mas interfere diretamente na formação da vontade dos contratantes. Podem ser simultâneos, propiciando interação imediata das vontades das partes, a exemplo dos contratos em salas de conversação ou videoconferência, ou não simultâneos, quando entre a manifestação de vontade de uma das partes e a aceitação pelo outro decorrer espaço mais ou menos longo de tempo (LEAL, 2017, p. 86).

Exemplificando, pode-se citar as diversas plataformas de e-mail (Gmail, Hotmail, Uol), ou de chat (Facebook, WhatsApp), visto que esse tipo de contratação é feito por correio eletrônico e-mail, videoconferência ou salas de conversação - chat (LEAL, 2017, p. 85).

2.3 CONTRATOS INTERATIVOS

Por último, e não menos importante, até mesmo por serem quantitativamente preponderantes nas relações consumeristas (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 84), existem os contratos *interativos*, os quais a comunicação entre as partes é obtida por meio de interação entre uma pessoa e um sistema de aplicativo previamente programado (LEAL, 2017, p. 86).

Esse tipo de contrato, por sua vez, é o mais comum no mercado de consumo, visto que o usuário, ao conectar-se com o site ou estabelecimento virtual, normalmente encontra múltiplas funções (LEAL, 2017, p. 87). Importa salientar que em tais contratos, mais precisamente, aplicam-se as normas que disciplinam a contratação à distância, pois se equiparam aos contratos à distância (LEAL, 2017, p. 87).

Noutras palavras, a oferta eletrônica resultará em um contrato à distância - entre pessoas não presentes - substituídas as pessoas reais por um conjunto de informações que abstratamente identificarão um fornecedor. O computador figurará como mecanismo que completa o processo volitivo, manifestando-o (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 85). Em vistas à realidade, pode-se exemplificar sites de compra, como Netshoes, Mercado Livre, dentre outros.

Mais precisamente, sobre a conclusão contratual desse tipo de contrato eletrônico, sua formação depende do envio de mensagem eletrônica de aceitação pela pessoa que utiliza um computador (LÔBO, 2017, p. 92). Ademais, nele a ênfase é na informação e na comunicação da informação, mais que nas declarações de vontade (LÔBO, 2017, p. 92). Por conseguinte, o fornecedor incorre em inadimplemento, todas as vezes que lhe for imputável uma promessa que não teve seguimento, frustrando as expectativas dos destinatários (LÔBO, 2017, p. 93).

3. DEMAIS CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

A partir do meio eletrônico utilizado à luz do caso concreto, tem-se que quanto ao meio eletrônico para instrumentalização do acordo entre as vontades, os contratos eletrônicos podem ser classificados como contratos em rede aberta e contratos em rede fechada (LEAL, 2017, p. 88).

A título de exemplo, incorre que se aperfeiçoa o contrato seja de rede aberta de comunicação, como a *Internet*, ou rede fechada, se realizados *Intranet*, como EDI (troca eletrônica de dados (LEAL, 2017, p. 88). Desse modo, confirma-se que eletrônico é o meio utilizado pelas partes para formalizar o contrato (LEAL, 2017, p. 79) e, assim, é por tal motivo que os contratos eletrônicos não devem ser confundidos com contratos derivados da informática ou informáticos. Estes, portanto, se caracterizam por possuírem objeto contratual voltado ao ambiente digital (LEAL, 2017, p. 79) e, portanto, diferem na natureza de sua formação.

Deve-se diferenciar ainda os contratos concluídos por computador daqueles contratos executados por computador (LEAL, 2017, p. 80). Neste último, o acordo de vontades entre as partes não se dá por meio eletrônico, servindo o computador apenas para a execução, ajustes ou implementação do acordo já aperfeiçoado (LEAL, 2017, p. 80).

Conclui-se disso que, *in casu*, embora todo contrato eletrônico seja celebrado por um meio eletrônico, nem todo contrato celebrado por meio eletrônico será considerado um contrato eletrônico, mais precisamente, pelo fato de que as partes fizeram uso de um instituto denominado de autonomia da vontade sem a utilização do meio eletrônico. Portanto, é por isso que aquele que toma conhecimento da oferta pela *internet*, via correio eletrônico ou página da *Web*, mas a ela aquiesce, pessoalmente, manifestando sua vontade por escrito, em suporte de papel, não deve ser considerado eletrônico, pois já que o consentimento se conclui com a aceitação e esta deve ser realizada por meio eletrônico para que o contrato seja considerado como tal (LEAL, 2017, p. 81).

É fundamental fazer a classificação correta de cada tipo de contrato eletrônico. Cada qual detém suas particularidades que irão divergir quanto à regulamentação que o ordenamento irá lhes atribuir.

Portanto, não consiste apenas em uma mera classificação doutrinária e que não há peculiaridades suficientes para que produzam efeitos práticos. Muito pelo contrário, as diferentes espécies supracitadas refletem na eficácia que o sistema jurídico intenciona atingir.

Tome-se como exemplo a integralidade que o meio eletrônico pode possuir ou não na manifestação de vontade dos indivíduos e conseqüentemente na autonomia de cada um dos contratantes, é evidente que a aplicabilidade jurídica deve ser operada em respeito a cada distinção, sempre visando à tutela às situações jurídicas concretas, para efetivar salvaguardar e legitimar direitos contraídos nas relações contratuais eletrônicas.

4. A DIFERENÇA ENTRE CONTRATOS ELETRÔNICOS E VERBAIS

O contrato eletrônico para os fins do direito e de oferta contratual é considerado entre presentes e equiparado à situação semelhante de comunicação telefônica (LÔBO, 2017, p. 91). Nelson Rosendal e Cristiano Chaves (2015, p. 87) atentam para o ajustamento ao caso concreto, entendendo assim que contratos formados via e-mail podem se caracterizar como entre ausentes. Dessa forma, a oferta que fora aceitar vincula o ofertante da mesma forma que um oferecimento feito verbalmente e aceito pela outra parte. Isso acontece porque o direito civil brasileiro entende que um contrato ocorre não necessariamente pela presença física dos contratantes, mas sim pela possibilidade de aceitação imediata ou com prazo determinado.

O contrato eletrônico se encaixa na ideia de oferta ao público, tendo em vista que se utiliza muitas vezes da rede mundial de computadores para espalhar a propaganda a um público inicialmente indeterminado. Esse é o pensamento de Paulo Lôbo (2017), pois as vendas ocorrem através de máquinas, onde é permitido visualizar o produto ou o serviço e o preço respectivo e previamente fixado.

É importante salientar que no contrato eletrônico a negociação propriamente dita não ocorre, devendo o ofertante disponibilizar o máximo de informações possíveis a fim de evitar dúvidas e conflito de interesses. Pois, o que se percebe é uma massificação dos contratos de adesão em razão da indeterminação do alcance ao público e, assim, impossibilitando a negociação bilateral.

Para Ricardo Lorenzetti, são insuficientes os conceitos de consentimento e adesão nesses contratos, tendo em vista que os efeitos daí decorrentes ocorrem em razão de comportamentos objetivos que não estão necessariamente ligados com uma declaração de vontade (*Apud* FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 85). Essa preocupação ocorre porque diferentemente de um contrato verbal, onde pode haver esclarecimentos sobre o produto e condições em negociação direta do acordo, enquanto no contrato eletrônico os contratos são em sua maioria de adesão, regidos sob contratos em que quase nunca os contratantes se dão ao trabalho de ler.

Além disso, a lei confere status de forma escrita ao contrato feito por via eletrônica, satisfazendo o requisito desde que seja possível de ser impresso, resguardando desta forma a inteligibilidade, a durabilidade e a autenticidade (LÔBO, 2017, p. 92). O mesmo não se pode falar de um contrato que se materializa de verbalmente, carecendo de um instrumento público que transcreva o acordo em forma devidamente escrita.

Outra questão diz respeito ao local de contratação, pois como há de se saber onde fora realizada a relação contratual? O Código Civil em seu artigo 435 prescreve que: "reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que for proposto". Existe ainda sites de compras na internet que somente fornecem a estrutura para que vendedores anunciem seus produtos, o que gera a dúvida: o local de contratação é o do anunciante ou do site que hospeda o anúncio? É importante se ter ideia de que se trata de uma situação em que não há equilíbrio, tendo em vista que é possível que nem o CC nem o CDC possam incidir sobre uma negociação feita com um proponente que não tenha filial no Brasil.

De todo caso, as normas consumeristas são aplicáveis, mas ainda não suficientes para compreender a diferença entre o mundo físico e o mundo virtual (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 88)

5. OS REQUISITOS DE VALIDADE DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Como já abordado, os contratos eletrônicos vêm se concretizando como uma realidade dos tempos atuais, marcado pela globalização, em que tudo pode ser adquirido mediante meios eletrônicos diversos, bastando, por exemplo, um computador com conexão à internet para que seja celebrado um contrato em qualquer parte do planeta.

Sendo assim, com o advento exacerbado de sistemas computacionais conectados à rede mundial de computadores, a contratação por meios eletrônicos tornou-se uma realidade cada vez mais chamativa aos olhos dos operadores do Direito, alertando para a necessidade do estudo sobre os requisitos que devem ser preenchidos para tais contratos serem considerados válidos (ALMEIDA, 2004).

A análise das condições de existência e validade dos negócios jurídicos firmados sob o prisma dos meios eletrônicos de comunicação, revela a inexistência de vedação legal que desautorize a aceitação desta nova forma de contratar. O que nos leva a conclusão que, mesmo sem a vigência de normas específicas voltadas à regulamentação das transações eletrônicas, há de ser confirmada a eficácia e a força probante dos contratos eletrônicos (GARCIA, 2007).

Porém, não se deve confundir a formação do contrato com a sua validade. O contrato se formar significa passar a existir no mundo jurídico, obrigando as partes ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade civil contratual, ou seja, indenização de perdas e danos em razão da mora ou do inadimplemento. Enquanto que ser válido é estar de acordo com a lei e, portanto, apto a produzir seus regulares efeitos.

Portanto, para que a proposta seja válida, deve ela ser formulada em termos que a simples aceitação do destinatário baste à conclusão do contrato. Nos contratos eletrônicos não é diferente. Dessa forma, as *home pages* que apresentam ofertas na internet devem demonstrar seu propósito firme de contratar, de modo que o vínculo contratual se constitua com a pura e simples aceitação do pedido. Em outras palavras, a oferta deve ser clara, formulada em linguagem simples e acessível, de forma que traduza incontestavelmente à vontade do proponente, permitindo o consentimento exato do oblato. (ALMEIDA, 2001, p.92).

Conforme já mencionado, os contratos são negócios jurídicos bilaterais, e como tal, devem atender alguns requisitos sem os quais não poderão ser juridicamente considerados como válidos.

Tendo como ponto de partida o art.104 do Código Civil de 2002, Maurício Matte, classifica os requisitos de validade contratuais em três grupos: os subjetivos, os objetivos, e os formais (*Apud* GARCIA, 2007). O referido artigo relata que:

Art 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I- agente capaz;
- II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III- forma prescrita ou não defesa em lei.

Cada uma das partes envolvidas na contratação deve ter capacidade para praticar os atos da vida civil. Desse modo, as pessoas relacionadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro (absolutamente e relativamente incapazes, respectivamente) não podem figurar como parte contratante, sob pena de decretação de nulidade ou anulabilidade contratual (GARCIA,2007).

Ademais, para o contrato ser considerado juridicamente válido deve o agente gozar de capacidade de direito e capacidade de fato. Entende-se por capacidade de direito, aquela que é inerente a própria condição da pessoa, sendo o sujeito apto a ser titular de direito. Já a capacidade de fato, por outro lado, refere-se àquela em que a pessoa, por si mesma, é capaz de efetivamente usar e gozar de seus direitos, ou seja, de exercê-los.

Outro requisito de fundamental importância referente à parte é o da legitimação, ou seja, a aptidão para atuar em um negócio jurídico. Logo, além de ser agente capaz, a parte contratante há de ter legitimidade, possuindo assim, uma relação de legítimo interesse com o objeto do contrato (GARCIA, 2007).

A fim do contrato ser válido, seu objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Logo, o objeto sob o qual versa a contratação não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios de ordem pública e aos bons costumes. Ademais, todo objeto deve ser física e juridicamente possível, devendo ser a possibilidade de cumprimento das obrigações acordadas ser verificada no momento da contratação. Também é imprescindível que o objeto do contrato seja certo, ou no mínimo, determinável, cabendo as partes especificar o gênero, espécie, quantidade ou qualidades individualizantes. (GARCIA, 2007).

Já em relação à forma, pode-se perceber que em regra, não há rigor quanto à forma que os contratos devem seguir para serem considerados válidos. De fato, pode-se extrair do texto legal que basta a simples declaração volitiva das partes para estabelecer um liame obrigacional entre elas. Logo, o Código Civil estabelece a liberdade de forma como regra, e o formalismo como exceção, apenas sendo utilizado quando a lei o exigir. (GARCIA, 2007).

Dessa forma, ao voltarmos o olhar para os requisitos de validade dos contratos eletrônicos, percebe-se que para cada um deles há um tópico correspondente no art. 104 do CC/02.

Os requisitos subjetivos dizem respeito à própria natureza do contrato. Como negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que é, a existência de duas ou mais pessoas é imprescindível para o estabelecimento do vínculo contratual. Além disso, é necessário que entre as partes haja consentimento no intuito de contratar e que elas tenham aptidão específica para tanto [...]São considerados objetivos os requisitos que se referem ao objeto do contrato. Esse deve ser sempre lícito, consoante as disposições legais e morais, os princípios da ordem pública e os bons costumes. É mister que haja a possibilidade física e jurídica do objeto e que este seja determinado, ou ao menos determinável, além de suscetível de valoração econômica (GARCIA,2007, p. 08).

Já no que se refere aos requisitos formais, estes dizem respeito à própria forma do contrato. Entende-se pela liberdade formal, onde a mera declaração de vontade já é suficiente para originar uma relação obrigacional entre as partes, exceto se a lei dispuser em contrário. Nesse caso, o vínculo contratual deverá seguir a forma legal, sob pena de ser considerada relação inválida e, dessa forma, não vir a produzir os efeitos jurídicos (GARCIA, 2007, p. 08).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir após essa breve explanação que o contrato eletrônico em si não é uma espécie distinta dos demais contratos, no que se refere aos seus elementos essenciais. Mas sim, quanto à forma e o meio utilizado para declaração da vontade. Nas palavras de Paulo Lôbo (2017), qualquer contrato em espécie pode ser utilizado no meio eletrônico, ou ainda, como contrato de consumo ou contrato de adesão a condições gerais.

Portanto, é notória a sua direta proporcionalidade com a globalização, que apesar de serem considerados como uma espécie de contrato muito recente e pouco abordada pela doutrina, a incidência desses contratos no mundo contemporâneo cresce à medida que os meios tecnológicos se aperfeiçoam e fixam seu espaço na sociedade.

Contudo, como assevera Paulo Lôbo (2017, p.37), situações inusitadas podem ocorrer com o uso de computadores e da rede mundial como um todo para a celebração dos contratos. Pode ocorrer erro na programação, erro de máquina e erro na transmissão, chegando a mensagem deformada no terminal do interessado. Dessa forma, o código civil prevê que o erro possa anular o contrato, por se caracterizar como vício na declaração de vontade, em relação a pessoas ou coisas.

Dessa forma, é perceptível que pelo fato de ser uma modalidade de contratação nova, que a mesma enseje grandes dúvidas a respeito dos tópicos que foram abordados

nesse texto. Apesar de tais questões estarem sendo aos poucos resolvidas pelos operadores do direito, ainda assim, será necessária certa dose de legislação, para regular a tão nova modalidade negocial, objetivando conferir maior garantia jurídica às partes contratantes, possibilitando a validade jurídica desses contratos.

Porém, enquanto isso não ocorre, por falta de legislação específica, cabe aos profissionais do direito a análise minuciosa de todo e qualquer detalhe existente na elaboração de um contrato eletrônico, sempre objetivando os princípios basilares de toda e qualquer relação negocial: princípio da livre manifestação de vontade, princípio da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos ("*pacta sunt servanda*"), princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social do contrato, dentre outros, conferido integral segurança jurídica às partes contratantes, e, assim, mantendo a ordem jurídica e social, sem qualquer desequilíbrio ou má-fé.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Editora Atlas, vol. 4, 5ª edição, 2015;

ALMEIDA, Veridiana Ibarra. **Contratos Eletrônicos**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acessado em: 07.01.2022.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Da validade jurídica dos contratos eletrônicos**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4992> >. Acessado em 09.01.2022.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos**: Validade dos Contratos via Internet. Editora Atlas, 1ª edição, 2009;

LÔBO, Paulo. Direito Civil - **Contratos**. Editora Saraiva Jus, 3ª edição, 2017.

MONTAI DE LIMA, Rogério. **Peculiaridades dos contratos eletrônicos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 31, jul 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1221>. Acessado em 10.01.2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - **Contratos**. Editora Atlas, vol. 3, 17ª edição, 2017;

A ANÁLISE DA LEGALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS DE SERVIDORES PÚBLICOS NOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise da legalidade pelos Tribunais de Contas estaduais das contratações temporárias de servidores públicos nos Estados e Municípios.

PALAVRAS-CHAVE: Análise; Legalidade; Contratações; Temporárias; TCEs.

ABSTRACT: This article aims to succinctly analyze the legality by the State Audit Courts of the temporary hiring of public servants in the States and Municipalities.

KEYWORDS: Analysis; Legality; Hiring; Temporary; TCEs.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar sucintamente la legalidad por parte de los Tribunales de Cuentas provinciales de la contratación temporal de servidores públicos en las Provincias y Municipios.

PALABRAS CLAVE: Análisis; Legalidad; Contratación; Temporal; TCEs.

INTRODUÇÃO

A contratação do servidor público temporário se dá mediante necessidade de atender demandas específicas de excepcional interesse público da União, Estados e Municípios.

São aqueles contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX, da Constituição Federal; O regime a eles imposto é contratual, sem vínculo com cargo ou emprego público.

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância da quantidade de contratações temporárias de servidores públicos que ocorrem atualmente nos Estados e Municípios e que são objeto da análise da legalidade pelos Tribunais de Contas estaduais.

DESENVOLVIMENTO

Da norma constitucional, doutrina e jurisprudência podem ser inferidos quatro requisitos básicos para a contratação temporária de pessoal, são eles: **Previsão legal das hipóteses de contratação (lei), tempo determinado da contratação, necessidade temporária e excepcional interesse público.**

O ato administrativo que desencadear o processo de contratação temporária deve conter, além de outros elementos, a justificativa da contratação. O gestor deve demonstrar que a situação concreta justifica a contratação temporária conforme hipótese prevista na legislação do município.

A simples indicação do dispositivo legal que ensejou a contratação temporária não é suficiente para justificar a celebração de contratos, devendo o gestor complementar no ato do processo de contratação as razões que o levaram a selecionar pessoal sem concurso público.

Por exemplo, se o gestor celebra contratos temporários para substituição de professores da rede de ensino, ele deve indicar quais foram os professores efetivos que se afastaram do cargo, justificando, assim, a celebração dos contratos. Notem que há distinção entre justificar a contratação e indicar o dispositivo legal que a fundamentou. Enquanto a indicação do dispositivo legal evidencia que há legalidade (previsão legal) para os contratos, a justificativa (motivação) explica a situação fática que ensejou a contratação. A exposição dos motivos que enseje à contratação temporária, inclusive com fundamentação fática e jurídica comprobatória da necessidade excepcional de pessoal.

As contratações temporárias são proibidas para atividades meramente burocráticas (STF: ADI 2987 e 3430), como por exemplo atividades que envolvam poder de polícia e atividades de fiscalização.

Exemplos de casos em que são permitidas as contratações temporárias: afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustração dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

DA NECESSIDADE DE LEI REGULAMENTADORA PARA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

É uma exigência constitucional, cada ente edita a lei local que regulamente a contratação temporária com a obrigação de estipular prazos específicos e determinados para as contratações temporárias, atendendo aos Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da moralidade.

Inaplicabilidade de outra legislação ao ente, os municípios não podem realizar contratos temporários com base nas leis regulamentadoras da União, Estados ou do Distrito Federal, muito menos o Estado se valer de hipóteses de excepcionalidade previstas em legislações de outros entes federativos.

Previsão explícita das hipóteses excepcionais autorizadoras da contratação temporária na lei local regulamentadora. É vedada hipóteses abrangentes e genéricas (STF: ADI 3116 e 2125).

Requisitos necessários para eficiência da lei regulamentadora da contratação temporária: deve ser lei própria, em sentido estrito; estabelecer objetivamente os limites para os casos de contratações temporárias por tempo determinado; prazo de duração dos contratos e de suas prorrogações; forma de realização do processo de seleção simplificada e da escolha dos contratados.

DOS PRAZOS NAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

A Constituição Federal não delimita os prazos, delegando (implicitamente) as Leis Federal, Distrital, Estaduais e Municipais.

A Lei regulamentadora tem que definir os prazos máximos dos contratos temporários, considerando as hipóteses permissivas para contratação. É permitido possibilidades de prazos diferenciados, de acordo com as situações justificadoras da contratação temporária. Não existem regras ou critérios objetivos para fixação dos prazos, deve existir plena observância aos Princípios da razoabilidade e moralidade.

Proibição de prazos genéricos ou condicionados a evento futuro. Vedação de prazos demasiadamente longos, regra geral 24 (vinte e quatro) meses, excetuando-se os casos de características ou de natureza excepcionais.

Aspectos a serem considerados sobre os prazos na elaboração do projeto de lei: peculiaridades locais (porte econômico do município, área geográfica, número de habitantes, população urbana e rural, infraestrutura existente etc.); as situações de excepcional interesse público; ausência de candidato inscrito ou aprovado em concurso público e tempo previsto para que a necessidade temporária seja suprida.

PRORROGAÇÃO DO CONTRATO TEMPORÁRIO

A prorrogação é permitida uma única vez e por igual período do contrato inicial (STF: ADI 890). A Lei regulamentadora deve estipular período de carência para que o mesmo servidor possa ser contratado novamente. Evitar contratações sucessivas e perpétuas.

PRAZO DE CARÊNCIA ENTRE RECONTRATAÇÕES

Intervalo de tempo entre o final de vigência da contratação e o início de vigência do novo contrato; mesmo servidor e a função; previsão na lei regulamentadora mensurado conforme a finalidade e essencialidade das hipóteses de contratações temporárias e vedação válida independentemente se o servidor foi aprovado novamente em processo seletivo simplificado público.

EXCEÇÕES PERMISSIVAS DE RECONTRATAÇÃO SEM PERÍODO DE CARÊNCIA

Situações excepcionais e sob justificativas inquestionáveis; inexistência de outra solução para o caso; risco iminente ou a concreta descontinuidade de serviço público relevante ou indispensável para a população local. Todas as hipóteses acima citadas, devem ser devidamente comprovadas pelo Gestor responsável.

A constitucionalidade da vedação da recontratação (STF: RE 635.648).

AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E AGENTES DE COMBATE ÀS ENDEMIAS PODEM SER CONTRATADOS POR PROCESSO SELETIVO PÚBLICO

Os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias podem ser contratados por meio de processo seletivo público.

A Emenda Constitucional nº 51 de 14/02/2006.

Art. 198, § 4º da CF: "Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação".

O Processo Seletivo Simplificado é ferramenta que permite o Gestor público atuar de forma mais dinâmica e célere na escolha dos servidores contratados temporariamente. Os critérios objetivos para a avaliação devem ter ampla publicidade e respeitando a isonomia e impessoalidade. Preferencialmente através de provas ou provas e títulos.

Excepcionalmente diante de situações urgentes (por exemplo: pandemias), onde ausente tempo para a realização de provas, é possível a utilização de avaliação por análise curricular, desde que a forma de pontuação esteja definida de maneira objetiva e clara no edital e contemple a qualificação, experiência e habilidades específicas necessárias para o desempenho das atividades a serem realizadas.

QUANTITATIVO DE VAGAS E CADASTRO DE RESERVA

As vagas a serem preenchidas devem constar no Edital de abertura do Processo Seletivo Simplificado de maneira clara e específica; também é possível a realização de processo seletivo para cadastro de reserva, realizando a contratação temporária conforme surgir a necessidade durante o período do certame; referida medida mostra-se bastante eficaz para aqueles cargos em que existam grande rotatividade.

MOMENTO DE VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

Não existem dúvidas que se deve aferir o cumprimento dos requisitos constitucionais do art. 37, IX da CF no momento em que ocorrer a contratação temporária e não na abertura do processo seletivo simplificado.

VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO

Compete a Lei regulamentadora estipular os prazos de validade e da possibilidade de prorrogação dos processos seletivos simplificados, utilizando-se, por analogia, o prazo máximo previsto para os concursos públicos – art. 37, III da CF.

CRITÉRIOS MÍNIMOS CONSTANTES EM UM PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

Edital público, com ampla divulgação; período de inscrições de pelos menos 7 (sete) dias; prazo de recursos de pelo menos 2 (dois) dias; fixar no edital ou editais critérios objetivos e impessoais para a seleção dos interessados e publicar o resultado, a homologação, e a classificação de cada candidato com a pontuação final obtida.

COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS

Previsão legal: Art. 71, III da CF.

Tomando-se como exemplo o Tribunal de Contas do Estado do Piauí que é o mais antigo Tribunal de Contas estadual do Brasil (Art. 86, III, "a" da Constituição do Estado do Piauí, Lei Orgânica do TCE/PI, Art. 2º, IV, Art. 104, II, Regimento Interno do TCE/PI, Art. 1º,

IV, Art. 82, V, "a", Art. 197, I, Art. 316, I, Art. 375, § 3º, Resolução TCE/PI nº 23, de 06 de outubro de 2019).

OBSERVAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

Todas as áreas (saúde, educação, segurança etc.) que realizem contratações por prazo determinado devem cumprir os requisitos constitucionais insculpidos no art. 37, IX da CF. Os gastos com as contratações por tempo determinado, que continuam autorizadas (art. 8º, IV, da Lei Complementar nº 173/2020), desde que cumpridos os requisitos exigidos devem compor o total das despesas com pessoal para efeitos da LRF.

O aumento de despesas com pessoal decorrente de admissões temporárias para atendimento ao combate a pandemia do COVID-19 exime o Gestor, enquanto permanecer a situação de calamidade pública das sanções e determinações decorrentes do descumprimento dos limites de gastos com pessoal estabelecidos na LRF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal, no art. 37, IX, estabeleceu que as contratações por tempo determinado são possíveis "para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público". As contratações temporárias na administração pública somente podem ocorrer nas expressas hipóteses previstas na lei inerente ao respectivo ente da federação, desde que realmente seja temporária a contratação, esteja presente o interesse público, e que a medida seja em caráter excepcional.

Ocorre na atualidade por dados de alguns Tribunais de Contas estaduais, como por exemplo podemos citar um levantamento recente do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba nos 223 municípios paraibanos, 222 municípios realizaram contratação temporária que na prática, para cada servidor efetivo, o gestor municipal contratou três servidores temporários demonstrando que a contratação temporária e esporádica de servidores públicos se tornou a regra e o regular concurso público, a exceção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de jan. de 2022.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>>. Acesso em: 30 de jan. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 30 de jan. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí.** Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/>>. Acesso em: 30 de jan. de 2022.

TCE/MS. **Parecer – C 10/2018.** Questão 1: O Município pode convocar professor para ministrar aula em caráter temporário em razão de excepcional interesse público? Questão 2: O Município pode convocar professor para ministrar aula em caráter temporário com fundamento em legislação estadual, ou seja, na lei e decreto específico do Estado? Questão 3: O Município pode convocar professor para ministrar aula em caráter temporário com fundamento em legislação municipal, ou seja, na lei e decreto específico do Município? Questão 4: O procedimento para convocação de professor para ministrar aula em caráter temporário se formaliza direta-mente por meio de resolução ou processo seletivo simplificado? Questão 5: Em caso de processo seletivo simplificado, o Município pode realizar por meio de comissão especial municipal constituída ou contratar empresa especializada para tal fim? Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/Jurisprudencia/viewers/pdfjs/viewer.html?name=PARECER-C%20N%C2%BA%2000.0010.18.pdf&file=%2FJurisprudencia%2Fdocument%3FdocumentType%3Dcmis%3Adocument%26objectId%3D7397b4c3-8a21-49e7-8ed8-694454999a22>>. Acesso em: 30 de jan. 2022.

TCE/MS. **Parecer – C 05/2021.** EMENTA - CONSULTA – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO – PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – FIXAÇÃO DOS PRAZOS MÁXIMOS PARA A VIGÊNCIA – PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO SUCESSIVA – POSSIBILIDADE DE RECONTRATAÇÃO POSTERIOR AO CUMPRIMENTO DE PERÍODO DE CARÊNCIA ENTRE O TERMO FINAL DO CONTRATO ANTERIORMENTE CELEBRADO E O TERMO INICIAL DO NOVO CONTRATO – JUSTIFICATIVA DA SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – VEDAÇÃO INDEPENDE DO MODO OU DA FORMA DO PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO – DURAÇÃO DA CONTRATAÇÃO – EXCEPCIONALIDADE DE HIPÓTESES DE TEMPORARIEDADES LONGAS – TEMPORARIEDADE – PRESSUPOSTO ESSENCIAL – DEVER DE OBEDIÊNCIA – COMPOSIÇÃO DOS GASTOS NO TOTAL DAS DESPESAS COM PESSOAL – CONTRATAÇÕES PARA ATIVIDADES NO COMBATE AO CORONAVÍRUS SARS-COV-2 (COVID-19) – AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL – SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA CONSIDERADA PARA FINS DE NÃO APLICAÇÃO DE SANÇÕES E DETERMINAÇÕES DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO DOS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/Jurisprudencia/viewers/pdfjs/viewer.html?name=Parecer%20C%20n%C2%BA%2000-0005-2021&file=%2FJurisprudencia%2Fdocument%3FdocumentType%3Dcmis%3Adocument%26objectId%3Df73f24c4-383e-42af-880d-13c131c398b0>>. Acesso em: 30 de jan. 2022.

TCE/PB. **Levantamento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE-PB).** Disponível em: <<https://tce.pb.gov.br/noticias/tce-pb-ve-excesso-de-temporarios->

em-prefeituras-em-223-municipios-sao-mais-de-62-3-mil-contratos-2018por-excepcional-interesse-publico2019>. Acesso em: 30 de jan. 2022.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 30 de jan. 2022.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <[https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO INTERNO WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf](https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf)>. Acesso em: 30 de jan. de 2022.

TCE/PI. **Resolução nº 23/2016, de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre o envio e acesso a informações necessárias e estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-23-16-Com-altera%C3%A7%C3%B5es-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-33-2016.pdf>>. Acesso em: 30 de jan. 2022.

O USO DE REBITES POR CAMINHONEIROS: E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS RODOVIAS

INGRID STEFANI DE BRITO SANTOS:

Advogada

RESUMO: A pesquisa em questão analisa como os profissionais que trabalham nas rodovias brasileiras encaram as longas e cansativas horas de trabalho, se utilizando de caminhos não ortodoxos, onde o uso de drogas é a válvula de escape para muitos deles. Nos primeiros capítulos são abrangidos os efeitos da droga no corpo, na mente, e nas concepções motoras e psicológicas do motorista, bem como quais são seus efeitos a longo prazo. Além disso, corrobora como o uso de rebite pode impactar a vida social, profissional e quais suas consequências jurídicas para quem as usa e comente acidentes sob o seu efeito, e neste diapasão, faz-se um paradoxo com a subsidiariedade da aplicação do código penal nos casos de acidentes de trânsito com vítimas, já que, nesses casos, a aplicabilidade é totalmente do Código de Trânsito Brasileiro. Por fim e para fechar o raciocínio da pesquisa, analisou-se a quantidade de acidentes nas rodovias brasileiras nos últimos anos, que apesar de terem diminuído bastante, em decorrência do maior rigor das penas do CTB, os números ainda são muito impactantes.

Palavras-chave: rebite; drogas; acidentes de trânsito, penalidade; motoristas; código de trânsito brasileiro.

ABSTRACT: The research in question analyzes how professionals who work on Brazilian highways face the long and tiring hours of work, using unorthodox paths, where drug use is the escape valve for many of them. The first chapters cover the effects of the drug on the body, mind, and motor and psychological conceptions of the driver, as well as what its long-term effects are. In addition, it corroborates how the use of rivets can impact social and professional life and what are their legal consequences for those who use them and comment on accidents under their effect, and in this tuning fork, there is a paradox with the subsidiarity of the application of the penal code in cases of traffic accidents with victims, since, in these cases, the applicability is entirely of the Brazilian Traffic Code. Finally, and to close the reasoning behind the research, the number of accidents on Brazilian highways in recent years was analyzed, which despite having decreased a lot, due to the greater rigor of CTB penalties, the numbers are still very impressive.

Keywords: rivet; drugs; traffic accidents, penalty; drivers; Brazilian transit code.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE REBITE E SUAS ESPECIFICIDADES. 2.1 O QUE É REBITE? 2.2 PARA QUÊ SERVE E COMO É USADO? 2.3 PORQUE O REBITE É USADO POR

CAMINHONEIROS? 2.4 QUAIS SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ORGANISMO? 3 CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS PELO USO DE REBITE NAS RODOVIAS BRSSILEIRAS. 31. CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E PSICOLÓGICAS. 3.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. EFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ANTE O TEMA. 4.1 ACIDENTES CAUSADOS NAS RODOVIAS EM DECORRÊNCIA DO USO DE REBITE. FINAIS. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por abrangência a realidade das rodovias brasileiras, especificamente, os personagens que fazem parte deste cenário.

Quando o assunto é a classe caminhoneira, ou até mesmo motoristas profissionais, logo se tem uma associação automática ao uso de rebite. Neste trabalho, serão abordados temas com peculiaridades específicas, temas estes não regulados por lei de maneira pormenorizada, e é o que gera o grande debate acerca do tema em questão.

Quanto a responsabilização de condutores que se encontram sob os efeitos do rebite, durante o acidente que tem por desfecho, uma vítima fatal ou com lesões corporais leve/grave/gravíssima, este é julgado e processado com base no Código de Trânsito, não no Código Penal, ressalte-se que parte dominante da doutrina tem o entendimento de que a situação tem se agravado não somente em sentido da má aplicabilidade das normas de trânsito, mas como também pela inutilização direta do Código Penal.

Diante desta situação a proposta central é estudar como os efeitos do rebite podem ser causadores de acidentes, quais seus efeitos a curto e longo prazo, e claro, quais as consequências jurídicas para os motoristas condutores sob o uso de rebite, ainda que não sejam causadores de fatalidades.

Salienta-se que o procedimento lógico e sistemático da pesquisa está vinculado ao exame do que vem a ser rebite e qual sua incidência dentro do cotidiano de um profissional, que o utiliza apenas para suportar a carga diária de viagens, logo, ressalta-se que, a presente pesquisa, não aduz há intenção de exaurimento (esgotamento) do tema, mas sim de dar ênfase a discussão que se estabelece sobre assunto de incontestável valor social.

Por esse motivo, é relevante elencar com a presente pesquisa quais são os limites de atuação do Código Penal ante o homicídio culposo exposto no CTB, e quais as consequências jurídicas e sociais em utilizar o rebite durante a condução de um veículo automotor.

2.O CONCEITO DE *REBITE* E SUAS ESPECIFICIDADES

2.1O QUE É REBITE?

Inicialmente, mostra-se relevante a definição do que vem a ser o *rebite*, Sodré (2018, p.48) conceitua o rebite da seguinte forma:

O rebite é uma droga derivada da anfetamina, que pode possuir cocaína, e também é conhecido pelos nomes “bolinha” e “ecstasy”. Sua atuação no sistema nervoso altera neurotransmissores e, assim, mantém os indivíduos em estado de alerta. A ação da droga dura de 4 à 12 horas. (SODRÉ, 2018, p.48).

Apesar de ser uma substância derivada de uma droga ilícita, O rebite é uma substância comercializada legalmente para auxiliar na perda de peso, agindo no sistema nervoso central e produzindo uma sensação de saciedade a quem usa. Porém, também é utilizada por muitas pessoas como uma forma de se manter acordado e atento, por oferecer uma falsa sensação de excitação e bem-estar. (CRHOMATOX, 2014, p.36).

A droga rebite atua no sistema nervoso central promovendo uma mistura de sensações no cérebro e um estado de alerta maior, deixando o corpo mais acelerado, e vicia em pouco tempo, sendo necessário cada vez uma dose maior para conseguir um efeito mais prolongado. Por ser um derivado das anfetaminas essa droga pode ser produzida em laboratório, mas também se encontra presente em alguns remédios usados para emagrecer ou contra depressão, mas em pequenas doses. (TUA SAUDE, 2017).

Ainda que seja uma droga comercializada de maneira lícita, a encetadura da polêmica se encontra nos efeitos causados pelo uso da substância, e claro, em suas consequências.

2.2 PARA QUÊ SERVE E COMO É USADO?

Conforme acima explanado, a substância do rebite tem o objetivo de fazer com que o seu consumidor fique em estado de constante alerta, além de inibir o apetite, que é a maneira clinicamente correta de ser utilizado, esta substância tem o uso bastante comum entre caminhoneiros.

Isso porque, a necessidade de ficar por horas acordado, dirigindo até o seu destino é maior, já que, muitos deles são remunerados por viagens realizadas, e não por horas efetivamente trabalhadas.

De acordo com o jornalista Rimula (2016), o rebite deve ser usado de maneira disciplinada, de modo que seus efeitos não prejudiquem o usuário da substância:

Na dose certa, diminui o apetite e ajuda as pessoas a emagrecer. O problema são as consequências para quem abusa. Entre seus efeitos colaterais está a insônia. Enquanto alguém que quer perder peso toma um comprimido, quem pretende ficar horas

acordado toma seis. É aí que começa a dar muito errado. O rebite aumenta a frequência cardíaca e a pressão arterial. Em excesso, pode causar câimbras, espasmos musculares, alucinações visuais e auditivas. Na estrada, qualquer um desses sintomas pode ser fatal. (RIMULA, 2016, p.87).

Ademais, as anfetaminas são administradas por via oral, nasal ou intravenosa. Segundo estudos realizados por Nascimento, et al (2007), muitos motoristas na tentativa de aumentar os efeitos causados pelas anfetaminas a utilizam juntamente com as outras substâncias como o álcool e drogas de abuso, em contrapartida durante a pesquisa um percentual considerável, 65% disse não utilizar a anfetamina junto com outra substância como o álcool, e 8% disse ter utilizado esta substância juntamente com o álcool. (NASCIMENTO, 2007, p.156).

Outra forma de uso do rebite, é a trituração da cápsula em uma espécie de “pilão” afim de aumentar os efeitos causados pela substância e conseqüentemente a sua administração via oral ou então nasal.

2.3 PORQUE O REBITE É USADO POR CAMINHONEIROS?

Os caminhoneiros consistem em uma classe trabalhista na qual representa uma importante fração na economia, sem transporte de cargas realizado através das nossas rodovias, muito dos produtos essenciais, além de materiais primas para a construção de vários outros produtos, não chegariam às mãos de seus consumidores e produtores, dificultando muito a produção industrial nacional, o comércio externo e o consumo pela população. Sendo assim o transporte de cargas rodoviário é um dos pilares mais importantes para viabilizar vários outros setores da economia brasileira (SANTOS, 2008).

O cenário econômico claramente é um dos fios condutores para o início desta discussão, isso porque, em alguns casos, os motoristas de caminhões têm de fazer viagens de até 18 horas, pois como já citado, muitos deles recebem por viagens realizadas e não por horas trabalhadas.

Além da patente afronta aos direitos trabalhistas – de claramente extrapolar a oitava hora diária e a quadragésima quarta hora semanal – têm-se a afronta aos princípios constitucionais mais básicos, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sabendo deste cenário, o legislador cuidou em legislar sobre suas horas trabalhadas:

Esclarece-se que os motoristas de caminhão são trabalhadores autônomos ou assalariados que, prestam serviços à empresas de vários ramos e visando melhorias aos processos produtivos, o Brasil instituiu um projeto que prevê que a cada quatro horas ao volante os motoristas parem para descansar pelo menos trinta minutos, e que trabalhe, no

máximo, nove horas por dia. O mesmo projeto prevê multa por infração gravíssima no caso do não cumprimento. (LEI, 2009).

A CNT (Confederação Nacional dos Transportes, 2019) em sua pesquisa sobre o perfil dos caminhoneiros define que os motoristas autônomos são os proprietários de caminhão que trabalham por conta própria ou prestam serviços a uma empresa, já os caminhoneiros empregados de frota são os profissionais vinculado a uma empresa.

O Brasil possui cerca de 538.663 caminhoneiros autônomos, o que representa 77,62% segundo a ANTT (2019). O município de Tabuleiro do Norte/CE localiza-se no Vale do Jaguaribe, e é transitado pela Rodovia Santos Dumont (BR-116), juntamente com 7 quilômetros trafegados pela Rodovia Estadual (CE-377), onde foi denominada de “Rodovia do Caminhoneiro”. Em virtude do número de veículos de carga existentes no município ficou conhecido nacionalmente como a “Terra do Caminhoneiro” (MACIEL,2006, p.616).

Além disso, de acordo com pesquisa da Confederação Nacional do Transporte (CNT), divulgada em 2016, 78% dos caminhoneiros não fazem exames toxicológicos e 45,6% admitem já ter recebido oferta de uso de algum tipo de droga ilícita a eles nas estradas, sendo o rebite a substância apresentada para mais de 90% deles. Desses, 26,5% admitem ter experimentado a droga oferecida. (DB, 2016, p.102).

Consoante afirmado, os caminhoneiros autônomos não possuem nenhum tipo de controle da sua jornada de trabalho, e são os que mais fazem uso de rebite, e como acima apontado pela pesquisa realizada pela ANTT, eles representam mais da metade da classe caminhoneira.

2.4 QUAIS SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ORGANISMO?

Como toda droga, o rebite também traz várias consequências ao organismo, ainda que seja considerada legal, não deixa de ter efeitos colaterais, e dentre esses efeitos colaterais, pode-se notar:

- Falta de sono;
- Falta de apetite;
- Pele pálida;
- Pupilas dilatadas;
- Diminuição dos reflexos;
- Boca seca;
- Pressão alta;

- Visão embaçada (TUA SAUDE, 2017).

Além disso, a ansiedade intensa, paranoia e distorção da percepção da realidade, alucinações auditivas e visuais e sentimentos de poder, são alguns sintomas relacionados ao consumo deste tipo de droga, mas embora esses efeitos possam ocorrer em qualquer usuário, os indivíduos com um distúrbio psiquiátrico são mais vulneráveis a eles.

Nada mais confiável do que saber sobre os efeitos da droga, de quem a usa, senão vejamos a entrevista de um caminhoneiro que, descreve os efeitos da droga no corpo:

"Ele acaba o efeito de uma hora pra outra, por isso que o pessoal compra muito. Toma dois, vão embora, daqui a pouco toma mais dois. Você dorme de olho aberto, cara" (SILVA, 2017).

Continua o caminhoneiro sobre o uso e efeito:

"Eu já tomei para viajar de São Paulo a Belo Horizonte. Era 11 da noite, viajei a noite inteira, trabalhei o dia inteiro e só parei de novo às 11 horas da noite, mas só consegui dormir até três da manhã e não dormi mais" (SILVA, 2017).

Como se pode notar, além de todos os efeitos colaterais listados acima, o uso do rebite pode ser viciante, e dentre todos os efeitos colaterais, o presidente da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (ABRAMET) explica que "inicialmente ela age nos reflexos, a pessoas acaba se sentindo mais invulnerável do que ela é, ela acaba arriscando mais, acaba provocando manobras mais bruscas e reage, às vezes, a situações de emergência que não existem. A pessoa literalmente dorme de olho aberto, provoca um acidente e nem vê que isso aconteceu" (SILVA,2017).

A sensação de invulnerabilidade é o sintoma mais perigoso de todos, pois é ela, a maior causadora de acidentes nas rodovias, devido ao fato de a percepção estar alterada, o usuário tende a confiar demais em seus instintos, ignorando as possíveis consequências geradas de suas ações.

Ademais, O uso prolongado do rebite pode trazer muitas consequências negativas para o usuário. Algumas delas são:

- Desenvolvimento de quadros psicóticos ou paranóides
- Ataques de pânico
- Ansiedade

- Violência, irritabilidade e agressividade excessivas
- Impotência sexual e redução da libido
- Lesões cerebrais mais severas
- Depressão
- Desorientação e descoordenação
- Delírios persecutórios (achar que outros estão tramando contra ele) (DB, 2016, p.104).

Conforme já salientado, o uso constante da droga pode causar reações adversas no organismo. Como dilatação da pupila, aumento da pressão sanguínea, agressividade, alucinações, são alguns exemplos de efeitos colaterais causados pelo uso.

Além disso, o uso constante é capaz de gerar dependência química. Sendo assim, o usuário pode estabelecer quadros de abstinência, ocasionando sintomas mentais e físicos fomentados pela interrupção ou diminuição do uso da droga.

3. CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS PELO USO DE *REBITE* NAS RODOVIAS BRASILEIRAS

3.1 CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E PSICOLÓGICAS

Além das consequências causadas no organismo pelo uso da substância, o rebite, assim como qualquer droga, causam sérios danos aos seus usuários, inclusive sociais.

De acordo com uma pesquisa do Hospital Santa Mônica, as consequências das drogas geram impactos negativos em variados contextos e contribuem para acentuar os problemas sociais já presentes em nosso cotidiano. A violência e a intrínseca relação com o crime são questões que desafiam bastante as entidades governamentais. (MONICA, 2019).

No âmbito social, qualquer droga faz com que seu usuário se sinta deslocado e afastado das outras pessoas, gerando-lhes uma certa sensação de solidão e abandono, o que, na maioria das vezes só existem imaginação do usuário.

O abuso de tais substâncias, podem, além das consequências causadas acima, levar à depressão e por fim à morte. A depressão é um problema de saúde mental que afeta várias pessoas em todo o mundo, sendo considerada, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como o “Mal do Século”. O Ministério da Saúde estima que uma a cada cinco pessoas no mundo apresente depressão em alguma fase da vida, sendo a prevalência, portanto, de cerca de 19%. (SANTOS, 2018).

Sendo assim, pode-se concluir que o uso constante, conseqüentemente gera a dependência, e a dependência gera os sintomas depressivos, os quais se agravam a medida em que o usuário anseia pelo uso da droga e não o pode fazer.

3.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Quanto as conseqüências jurídicas, é importante ressaltar que, não há, em nenhum diploma legal, a tipificação específica dos crimes cometidos – necessariamente crimes de trânsito - sob a influência do uso de rebites.

De forma geral, o (CTB) Código de Trânsito Brasileiro e até mesmo o Código Penal, regulamenta crimes de trânsito cometido sob efeito de álcool ou droga, sem, contudo, analisar a problemática do uso de rebite.

A responsabilização do agente, que conduz veículo automotor sob a influência de qualquer tipo de droga que seja, está tipificada no art. 165 do CTB, senão vejamos:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (BRASIL, 1997).

Ademais, O crime de embriaguez ao volante está previsto no Art. 306 do CTB, caracteriza-se pela condução de veículo automotor em via pública, sob influência de álcool ou qualquer outra substância que determine alteração da capacidade psicomotora do condutor.

A resolução 432/2013 do DENATRAN estabelece os critérios para caracterização da materialidade delitiva, quais sejam:

- I – exame de sangue que apresente resultado igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue (6 dg/L);
- II - teste de etilômetro com medição realizada igual ou superior a 0,34 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,34 mg/L)
- III – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

IV – sinais de alteração da capacidade psicomotora obtido na forma do art. 5º. (CONTRAN, 2013).

Logo, é possível a caracterização do delito por todos estes meios previstos na lei. Prevalece aqui o princípio da presunção de inocência, não podendo o autor da conduta ser coagido ou impelido a se submeter a qualquer dos exames ou testes previstos no artigo 306, uma vez que não pode ser obrigado a agir de modo a se autoincriminar.

Apesar de toda atividade no trânsito ser disciplinada pelo CTB, as penas especificadas no Código Penal, subsistem-se de maneira a amparar a legislação do código de trânsito, isso porque, em alguns casos, quando se tem acidentes de trânsito com vítimas, a competência não será do órgão de trânsito, e sim do juízo penal, pois quem algumas situações, o fato deixou de ser infração de trânsito e passa para a seara criminal, e em algumas vezes cível, quando há pedido de indenização.

Além disso, dispõe o Art. 291 do CTB que aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos no referido Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

Apesar de o CTB, legislar sobre as regras no trânsito, este, excepcionalmente, traz em seu artigo 302, um crime contra a vida, também tipificado no Código Penal (CP):

Art.302 - Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

§ 2º. (Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016)

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL, 1997).

O homicídio culposo, assim como no CP, possui várias especificidades, que por sua vez, podem gerar uma lacuna legal, abrindo brechas para a interpretação análoga do julgador.

A princípio, cumpre salientar o conceito de crime culposo, tem sua previsão no artigo 18, inciso II do Código Penal, que considera a conduta como culposa quando o agente deu causa ao resultado por imprudência (agiu de forma precipitada, sem cuidado ou cautela), negligência (descuido ou desatenção, deixando de observar precaução normalmente adotada na situação) ou imperícia (agiu sem habilidade ou qualificação técnica). (ACS, p.19, 2018).

Contudo, a problemática da questão se inicia no art. 301 do Código De Trânsito Brasileiro, que dispõe que, não haverá prisão em flagrante quando o condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela”.

Diante deste impasse, o autor Rinaldo Da Silva Pinheiro, opina:

verifica-se que nos crimes de trânsito notadamente àqueles em que há vítima, o condutor dificilmente sofrerá alguma sanção efetiva na esfera penal, uma vez que, após o cometimento do ilícito penal em que vitimou outrem, não sofrerá uma penalidade imediata caso preste integral socorro. Ora, prestar socorro é uma questão humanitária e de solidariedade que deveria ser prestada por qualquer pessoa e, principalmente a quem se envolveu em acidente de trânsito com vítima, e mais ainda se foi ele o causador de tal acidente, assim deveria o artigo trazer um outro tipo de benefício àquele que prestou o socorro, entretanto livrá-lo do flagrante e da fiança traz ainda mais a sensação da impunidade. (PINHEIRO, 2017).

De fato, há uma grande problemática quanto a responsabilização do agente que causa o acidente com vítimas, pois, o simples fato de prestar socorro á uma tragédia que este mesmo deu causa, não obsta sua culpa in vigilando de suas ações, motivo pelo qual, ainda existe uma grande problematicidade quanto ao tema em comento.

A proteção que o CTB garante ao condutor causador de acidentes, ainda que sob o efeito de substancias psicotrópicas ou álcool, vai em total descompasso com o entendimento do CP e da CF. Contudo, este não é o impasse da pesquisa em questão, o que se discute é: qual o posicionamento jurídico legislativo sob crimes cometidos sob influência de álcool ou drogas, especificamente, o rebite.

Ainda assim, o TJMG, em seu entendimento jurisprudencial entende que:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO - PRELIMINAR - ACOLHIMENTO - DECOTE DA OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - DIMINUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - IMPOSSIBILIDADE - COMPENSAÇÃO DE ATENUANTE COM A AGRAVANTE - REDUÇÃO E MODIFICAÇÃO DA DESTINAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - POSSIBILIDADE - DIMINUIÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO - NECESSIDADE. 1. Verificada ofensa aos princípios constitucionais, o decote da obrigação de reparação de danos é medida que se impõe. 2. Existindo concomitantemente circunstâncias atenuante e agravante, devem elas ser compensadas, e não valoradas de forma desigual, de modo a prevalecer uma sobre a outra, sob pena de injusto agravamento da situação do acusado, na conformidade do previsto no artigo 67 do Código Penal. 3. Necessária a redução da pena restritiva de direito da prestação pecuniária para guardar proporcionalidade à condição econômica do réu. 4. O primeiro destinatário da prestação pecuniária deve ser a vítima e seus descendentes, somente na falta desses, uma entidade pública. 5. A pena de suspensão da habilitação deve guardar a devida proporcionalidade com a corporal, em observância ao disposto no artigo 293 do Código de Trânsito Brasileiro. (TJMG - Apelação Criminal 1.0693.12.009257-4/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Machado , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/05/2020, publicação da súmula em 04/06/2020) - (TJMG, 2020).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - HOMICÍDIO CULPOSO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CULPA DEMONSTRADA - DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO DA OMISSÃO DE SOCORRO - INVIABILIDADE - DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - ART. 306 DA LEI Nº 9.503/97 - ESTADO DE EMBRIAGUEZ DEMONSTRADO POR OUTROS MEIOS DE PROVAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO - ART. 305 DA LEI 9.503/97 - EVASÃO DO LOCAL DO ACIDENTE - CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF - CONDENAÇÃO MANTIDA - MAJORANTE DO ART. 303, §1º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO - POSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR - REDUÇÃO DA PENA - NECESSIDADE. Demonstrada a conduta imprudente do agente na condução do veículo automotor, a

manutenção da condenação pela prática do crime de homicídio culposo é medida que se impõe. Inviável o decote da causa de aumento prevista no art. 302, §1º, inciso III, do Código de Trânsito Brasileiro, se as provas constantes nos autos demonstram que o réu deixou de prestar socorro à vítima, mesmo consciente da gravidade do ocorrido. Nos termos do art. 306 da Lei nº 9.503/97, com redação dada pela Lei nº 12.760/12, a alteração da capacidade psicomotora do réu, em virtude da ingestão de bebida alcoólica ou de outra substância psicoativa, pode ser demonstrada por outros meios de prova, além da realização do teste do etilômetro. Deve ser mantida a condenação do acusado pelo crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, eis que comprovado que ele evadiu ao local do acidente para se eximir da responsabilidade civil e criminal e, ainda, considerando que a constitucionalidade do referido dispositivo legal foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo sua compatibilidade com o direito fundamental previsto no art. 5º, LXIII, CR/88. A causa de aumento do art. 303, §1º, do Código de Trânsito Brasileiro, deve incidir no mínimo legal se a omissão de socorro não tiver ocorrido com grau de reprovabilidade superior ao comum à espécie. A fixação da pena de suspensão ou de proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor deve ser estabelecida levando-se em consideração as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, assim como a pena privativa de liberdade, em atenção ao princípio da proporcionalidade, já que ambas estão situadas no mesmo patamar. (TJMG - Apelação Criminal 1.0708.18.000187-5/001, Relator(a): Des.(a) Anacleto Rodrigues, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/05/2020, publicação da súmula em 18/05/2020) -) TJMG, 2020)

Em ambos os casos acima decididos pelo Tribunal de Minas Gerais, versou-se sobre um acidente de trânsito com vítima fatal, onde o condutor estaria sob efeito de álcool durante a condução do veículo e por este motivo supostamente teria dado causa ao acidente, no qual resultou na morte de uma vítima, no entanto, julgando pelos preceitos constantes no CTB, o condutor, por ter prestado socorro teve reconhecido o homicídio culposo, tendo como pena restritiva de direitos minorada e ainda, entendeu o magistrado que: " a suspensão da habilitação do condutor, causador do acidente, não guarda a devida proporcionalidade".

São decisões e notícias custosas de se ler, pois, sabendo das condições em que ocorreu o acidente, e que por culpa exclusiva do motorista, que se encontrava embriagado ou drogado na direção do veículo no momento do ocorrido, tem-se a

sensação de impunidade e fragilidade do CP diante das normas específicas contidas no CTB.

De toda sorte, analisando a lacuna estabelecida entre o Código Penal e o CTB, o legislador em 2017, majorou a pena para motoristas bêbados enquadrados na lei de trânsito por homicídio culposo (sem intenção de matar) pena de **5 a 8 anos de prisão**, além de o direito de dirigir suspenso ou proibido.

O quadro abaixo, demonstra as diferenças entre a antiga lei de trânsito, e a nova redação, onde a pena majorada passa a valer para motoristas embriagados causadores de acidentes.

FIGURA 1: Motorista embriagado que causar acidentes:

Motorista embriagado que causar acidente

Veja o que muda no Código de Trânsito Brasileiro

	ANTES	AGORA
COM MORTE	2 a 4 anos de prisão	5 a 8 anos de prisão
COM FERIDO GRAVE	6 meses a 2 anos de prisão	2 a 5 anos de prisão
FIANÇA	Possibilidade de fiança determinada pelo delegado e soltura imediata	Apenas um juiz decidirá pela liberdade ou não do acusado, a soltura não é imediata

FONTE: Portal G1 (2018).

Há uma ineficácia no controle social formal, tendo-se em vista que, o poder público não oferece condições, principalmente de educação geral e também voltada ao trânsito, bem como a ação na persecução criminal para uma efetiva prevenção e quando necessária a retribuição também está muito longe de ocorrer, muitas vezes não por ineficácia ou inércia da polícia, ministério público ou do judiciário, mas infelizmente temos uma legislação que traz uma pena até que severa para os crimes de trânsito, porém tais penas raramente são aplicadas, gerando a perigosa sensação da impunidade.

Ademais, a atual legislação penal, leis especiais e, principalmente a lei processual, não estão sendo capazes de inibir, prevenir e quando necessário reprimir o crime de trânsito, mas em determinados casos levando o infrator a crer que a pena mais grave que terá será a administrativa que é aplicada muito rapidamente, com multa e em

muitos casos apreensão da CNH, mas para a processo penal sabe que será lento, demorado e que ao final terá grandes possibilidades de não sofrer nenhuma punição, ou caso venha a sofrer será insignificante frete ao ato praticado.

4.A EFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ANTE O TEMA

4.1 ACIDENTES CAUSADOS NAS RODOVIAS EM DECORRÊNCIA DO USO DE REBITE

Não é novidade que, o uso de drogas e/ou álcool não é uma boa combinação com a direção de veículos automotores. A maioria dos acidentes com vítimas fatais, é causada por condutores sob efeito de alucinógenos ou álcool, isso porque, os efeitos dessas substancias afetam o funcionamento do cérebro e podem prejudicar a capacidade para dirigir (por exemplo, ao retardar o tempo de reação e de processamento de informações, ao reduzir a coordenação perceptivo-motora e o desempenho motor bem como a atenção, o monitoramento do trânsito e o controle do veículo).

As anfetaminas - popularmente conhecidas como "rebites", potentes estimulantes do Sistema Nervoso Central (SNC) - estão sendo comumente utilizadas por esses trabalhadores. Embora esse efeito possa ser entendido como uma vantagem ao condutor, à medida que a concentração plasmática de anfetaminas aumenta, menor é o desempenho do condutor na direção. Sobretudo, preocupa o fato de que, finalizado o efeito estimulante das anfetaminas, o condutor estará submetido a um efeito "rebote" sobre o SNC. Assim, em conjunto, os efeitos agudos e residuais das anfetaminas submetem o condutor a situações de risco no trânsito, impedindo-o de realizar uma direção considerada segura. (NASCIMENTO, p.290-293, 2007).

De acordo com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), as estatísticas são preocupantemente altas:

Dados da OMS apontam que aproximadamente 1,2 milhão de pessoas morrem no mundo em consequência de acidentes de trânsito. Os acidentes de trânsito com vítimas também são responsáveis por alto impacto econômico no Brasil. Um acidente com vítima custa 11 vezes mais do que um acidente sem vítimas, podendo custar 44 vezes mais se houver morte. Apesar do significativo número de acidentes de trânsito associados ao consumo de álcool na literatura internacional, poucos estudos avaliaram a prevalência desse consumo em motoristas brasileiros. (SENAD, 2016).

Ademais, no Brasil, a cada 60 minutos, em média, pelo menos cinco pessoas morrem vítimas de acidente de trânsito; nos últimos dez anos as vítimas de trânsito causaram enorme impacto na saúde pública, chegando a quase R\$ 3 bilhões em custos para o Sistema Único de Saúde (SUS). O levantamento mostra ainda que entre 2009 e 2018

houve um crescimento de 33% na quantidade de internações por acidente de transporte em todo o país. (ISSUP, p.39-41, 2020).

Afastadas tais premissas e indo ao ponto cerne da questão da presente pesquisa, a utilização de drogas, isso inclui o rebite, por motoristas profissionais, é avassaladora quando se comparada ao cenário geral.

Para se chegar a essa conclusão, foi realizada uma pesquisa, não muito recente, mas ainda assim, não está distante dos números atuais, que Levantamento da SOS Estrada revela que os exames toxicológicos de mais de 700 mil motoristas profissionais de caminhão, vans e ônibus confirmam uso de drogas. A pesquisa, realizada entre março de 2016 e setembro deste ano, detectou alta presença de substâncias tóxicas. Nesse período, 67% dos testes de portadores de carteiras do tipo C, D e E foram positivos para cocaína. (RIOS, 2020).

De acordo com Daniela Saragiotto (2019), **o número de mortes em acidentes recuou 31%** (68, contra 99, em 2019). As ocorrências em ruas e avenidas das cidades caíram 40% e, nas estradas paulistas, a queda foi de 45%, incluindo rodovias estaduais e federais.

Os números ainda são preocupantes, contudo, houve grande diminuição de morte por acidentes fatais nas rodovias brasileiras desde então, para melhor ilustrar, é importante colacionar o gráfico abaixo, onde demonstra a diminuição gradual dos acidentes com vítimas fatais do período compreendido entre 2007 e 2018:

Gráfico 1: Estatísticas nacionais: mortos em acidentes de trânsito:



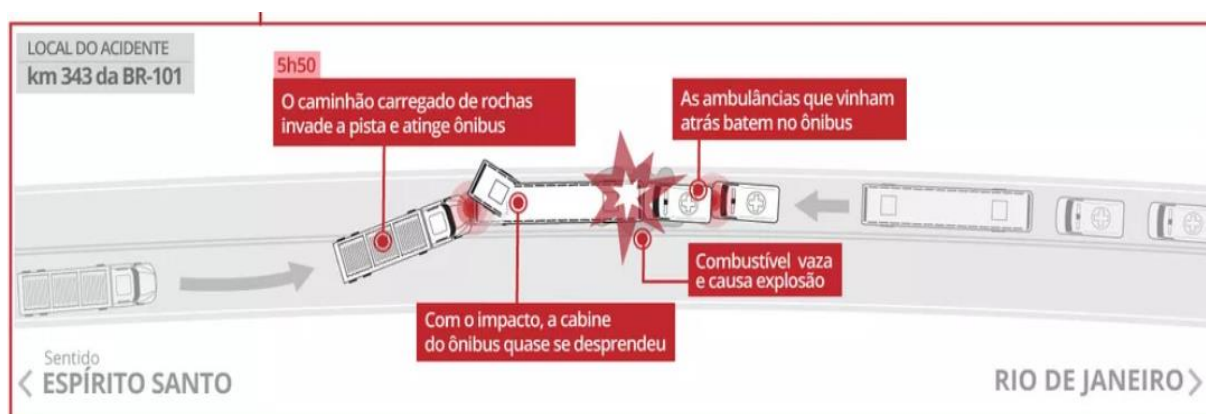
Apesar dos números terem diminuído, eles ainda existem, e a causa da sua existência é a grande preocupação, pois, mesmo que se tenha enrijecido a pena do CTB quanto a direção sob o efeito de álcool ou drogas, os motoristas profissionais, sempre terão de usá-las, tendo como válvula de escape o argumento de que se não usarem a substância, não conseguiram fazer o trabalho, devido a extensa e cansativa carga laboral.

Alguns casos, os próprios motoristas assumem estar sob o efeito da droga no momento do acidente, em outros casos, essa resposta só vêm após a análise do laudo do IML, exemplo disso, é o caso do acidente que ocorreu em Espírito Santo, na BR-101.

Foi um acidente envolvendo duas ambulâncias, uma carreta e um ônibus de viagem mataram 22 pessoas, sendo que 21 morreram no local e 1, no hospital. Foram mais de 20 feridos socorridos no km 343 da BR-101, em Guarapari, na Grande Vitória. O acidente aconteceu por volta das 5h50 desta quinta-feira (22). Os dois sentidos da rodovia foram interditados para realização de perícia no local. Às 16h40, a BR-101 foi completamente liberada. Pelo menos 13 mortos e 19 feridos estavam no ônibus. Na ambulância de Jerônimo Monteiro, o motorista morreu. Os outros 5 passageiros tiveram ferimentos leves e não entram na lista de feridos da Sesp porque não precisaram ir para o hospital. 3 feridos estavam na ambulância de Alfredo Chaves. O motorista do caminhão morreu. Há mais 6 mortos que ainda não se sabe em qual veículo estavam. (MACHADO; REZENDE, 2017).

De acordo com a perícia, o motorista, que sob o uso de drogas (rebite, conforme informação de um de seus colegas de profissão que o conhecia), invadiu a pista contrária para realizar uma ultrapassagem, e bateu de frente com um ônibus e por consequência, duas ambulâncias que estava a caminho de uma emergência, bateu na traseira do ônibus açoitado.

Figura 2: Local do acidente: detalhes de como ocorreu:



FONTE: ArteG1(2017).

E ainda, em uma entrevista dada ao "Portal do trânsito e mobilidade", o colunista José Nachreiner Junior escreve sobre o uso de drogas por caminhoneiros: suas

causas e consequências, o caminhoneiro João, que foi o causador de um grave acidente, que resultou em vítimas fatais.

Sempre tinha um “brother” no restaurante de um posto de combustível oferecendo uma anfetamina. É, eu comecei no rebite para aguentar esse tranco de dirigir 16, 18, 20 horas sem parar. Quando comecei com a cocaína, mais barata que o rebite, aí nem xixi eu tinha vontade de fazer. Meu irmão, eu tocava a mil, você não sabe o que é enfiar no “naso” um potinho de coca... Quem dirige não tem essa frescura de parar, enrolar uma nota de “cenhão” e cheirar a carreira. Tudo é no ato, a gente põe no potinho e cheira total na boleia. Então, eu deixei Floripa, andei 750 km e capotei. Foi o pior dia da minha vida. Eu devia ter morrido no lugar de quem eu matei, uma família inteira. Agora estou aqui no centro de reabilitação de drogas com minhas preces. A cocaína junto com o rebite fazem você dormir acordado, você acha que está dirigindo certo, mas na verdade o acidente já aconteceu e você nem percebe. Me lembro de todos os dias na UTI, parecia eu na pista, de repente, escuto uma voz: – acorda seu João! Acorda! Você está bem? E acordei depois de 20 dias na UTI, todo quebrado. (JÚNIOR, 2020).

Esse, foi apenas um, dos vários exemplos em que o causador do acidente estava sob o uso de rebites durante o ocorrido, e claro, as consequências geradas foram devastadoras, inclusive para familiares.

Apesar de terem os números reduzido bastante, não significa que o problema foi efetivamente combatido, até mesmo porque, o fato de ainda haver profissionais que utilizam drogas para enfrentar a pesada e exaustiva rotina caminhoneira, não irá mudar tão facilmente, o que se espera, é a efetividade das leis que regem o tema em questão, e além de tudo, a conscientização de tais profissionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma conclui-se que as medidas tomadas acerca da quantidade de acidentes de trânsito, pelo menos dentro do período compreendido entre 2007 até 2018, a quantidade de acidentes diminuiu bastante, seja pela atualização do Código de Trânsito, seja pelas políticas públicas implementadas no decorrer dos anos para que haja conscientização social no trânsito.

De qualquer modo, o risco e o perigo ainda existem, e nos casos em que se restam com vítimas fatais, ou lesionadas, o condutor, na maioria das vezes está sob os efeitos de substâncias alucinógenas.

O trabalho em questão buscou elucidar de forma clara como a classe caminhoneira lida com a rotina diária, e como essa maneira de lidar pode afetar terceiros de forma fatalista, pois, como exaustivamente explanado, o uso dessas substâncias causam vários efeitos colaterais, efeitos esses, que são causadores da maioria dos acidentes, e é neste norte que segue o primeiro capítulo, analisando como se dá os efeitos da droga no organismo e na vida social de quem a usa.

Ademais, o segundo capítulo do trabalho buscou detalhar as consequências obtidas pelo uso excessivo do rebite, tanto na vida social e psicológica, quanto no ordenamento jurídico, e que, além de ser grande catalisador para a causa de acidentes em rodovias, o rebite pode ser, o ingresso para o vício de drogas alucinógenas.

O terceiro e último capítulo reforçou a ideia das consequências do rebite pelos caminhoneiros, e demonstrou de maneira literal os resultados de seu uso durante a condução de veículos.

Diante todo o exposto, pode-se afirmar que de fato as medidas adotadas pelo legislador podem ter sido efetivas, mas, deixar de aplicar o Código Penal para aplicar o CTB podem deixar várias brechas quando o assunto é vítimas fatais no trânsito, mas de toda sorte, os números reduzidos de acidentes nas rodovias brasileiras são animadores, se comparados aos números de dez anos atrás, este é o caminho certo.

REFERÊNCIAS

ACS, TJDFT, **Crime doloso x crime culposos**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/crime-doloso-x-crime-culposos>. Acesso em: 27 mai 2021.

BRASIL, **CTNB, Código de trânsito Nacional Brasileiro**, 23 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em: 26 mai 2021.

CONTRAN, **resolução nº. 432/2013**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250598>. Acesso em: 26 mai 2021.

CRHOMATOX. **Rebite: o que é e os principais efeitos no organismo**, pub: jul 2014. Disponível em: <https://chromatox.com.br/blog/rebite/221>. Acesso em: 26 abr 2021.

DB, Toxicológico. **Rebite: conheça os perigos e efeitos da droga**. Pub: ago 2016. Disponível em: <https://blog.dbtoxicologico.com.br/rebite/>. Acesso em: 27 abr 2021.

ISSUP, International Society of substance use professionals. **Álcool, drogas e direção: semana nacional do trânsito**. Publ: fev 2020. Disponível em: <https://www.issup.net/pt-br/knowledge-share/news/2020-09/alcool-drogas-direcao-semana-nacional-do-transito> acesso em: 06 jun 2021.

JÚNIOR, José Nachreiner. **Drogas e caminhoneiros**. Disponível em: <https://www.portaldotransito.com.br/opiniao/drogas-e-caminhoneiros/>. Acesso em: 20 jun 2021.

LEI, **para Descanso De Caminhoneiros Será Difícil De Fiscalizar**. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Carros/LEI+PARA+DESCANSO+DE+CAMINHONEIROS+S>. Acesso em: 26 abr 2021.

MACIEL, Ronald H. **Gerenciamento da Cadeia de suprimentos/Logística empresarial**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006. 616 p.

MACHADO, Viviane e REZENDE, Rodrigo. **Acidente entre duas ambulâncias, ônibus e carreta deixa mais de 20 mortos na BR-101 em Guarapari ES**. Pub: jun 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/acidente-com-quatro-veiculos-deixa-mortos-e-feridos-na-br-101-em-guarapari.ghtml>. Acesso em: 29 abr 2021.

MONICA, Hospital Santa. **Consequências das drogas: entenda o real perigo do uso das drogas**. Pub: ago 2019. Disponível em: <https://hospitalsantamonica.com.br/consequencias-das-drogas-entenda-o-real-perigo-do-uso-de-drogas/#:~:text=Para%20a%20sociedade%2C%20as%20consequ%C3%AAncias,desafiam%20bastante%20as%20entidades%20governamentais..> Acesso em 20 mai 2021.

_____, EC, Nascimento E, Silva JP. **Uso de álcool e anfetaminas entre caminhoneiros de estrada**. Rev Saude Publica 2007; 41(2):290-293.

NASCIMENTO, Eurípedes Costa; NASCIMENTO, Evania; SILVA, José de Paula. **Uso de álcool e anfetaminas entre caminhoneiros de estrada. São Paulo. Saúde Pública**. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n2/5846.pdf>. Acesso em: 28 abr 2021.

PINHEIRO, Rinaldo da Silva. **A aplicação do direito penal nos crimes de trânsito com vítimas**. Pub: 27 out 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aplicacao-do-direito-penal-nos-crimes-de-transito-com-vitima/>. Acesso em: 27 mai 2021.

RIMULA, Shell. **Porque o rebite é uma roubada para a sua saúde?** Pub: ago 2016. Disponível em: <https://estradao.estadao.com.br/post-patrocinado/por-que-o-rebite-e-uma-roubada>. Acesso em: 26 abr 2021.

RIOS, Renata. **Estudo identifica 700 mil motoristas profissionais que usam drogas**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/10/4881600-dura-realidade-sobre-rodas.html>. Acesso em: 20 jun 2021

SANTOS, Rodrigo da Silva. **Nível de saúde e qualidade de vida de motoristas do transporte rodoviário, participantes do porto seco de uruguaiana-rs. Uruguaiana. 2008**. Disponível em:

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/view/5093>. Acesso em 28 abr 2021.

SANTOS, Vanessa Sardinha. **A depressão**. Publ: mai 2018. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/doencas/depressao.htm>. Acesso em: mai 2021.

SENAD, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **O uso de álcool e outras drogas no trânsito brasileiro**. Pub: mar 2016. Disponível em: <https://www.detran.ac.gov.br/site/noticia.jsp?id=98>. Acesso em: 06 jun 2021.

SILVA, Diony. **"Você dorme de olho aberto" diz caminhoneiro sobre o uso de rebite**. Pub: mai 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/voce-dorme-de-olho-aberto-diz-caminhoneiro-sobre-uso-do-rebite-em-estradas-do-es.ghtml>. Acesso em: 26 abr 2021.

SODRÉ, Blog. **O que é rebite?** Pub: jan 2018. Disponível em: <https://sodretox.com.br/blog/duvidas/o-que-rebite>. Acesso em: 26 abr 2021.

TJMG, Tribunal de justiça de Minas Gerais, **Pesquisa jurisprudencial: crimes no trânsito-homicídio culposo**. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=%20crime%20de%20transito%20culposo&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&ordemByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 28 mai 2021.

TUA SAUDE. **Efeitos da droga "rebite" no corpo**. Pub: fev 2017. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/droga-do-caminhoneiro/>. Acesso em: 26 abr 2021.

O PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO – UMA ABORDAGEM ENTRE BRASIL E PORTUGAL

DANIEL MAGALHÃES ALBUQUERQUE SILVA: Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas pela Universidade de Marília. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, exercendo a função de 4º Promotor de Justiça de Osasco. Professor da Universidade de Adamantina, da UNIFIEO, e dos cursos de concursos públicos CEI e Vipjus.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a abordagem do princípio da confidencialidade na mediação. É crescente a importância dos meios alternativos de solução de litígios nos ordenamentos jurídicos, isto porque o processo tradicional, regulado por um regramento cheio de fases e recursos, revelou-se moroso e ineficiente na função precípua da jurisdição; de pacificação social. Nesse contexto, surgem os meios alternativos de solução de litígios, como a mediação, a conciliação, os Julgados de Paz, que têm entre seus princípios o da confidencialidade. O princípio em tela merece atenção, isto porque se contrapõe ao modelo tradicional, que tem a publicidade de seus atos como regra. De início, serão abordadas as legislações, brasileira e portuguesa sobre o tema. Em seguida, passa-se a análise do princípio em si, com suas especificidades, como as pessoas que são atingidas por tal dever, às exceções ao princípio em comento, além das consequências pela sua violação. Por fim, com o estudo mais aprofundado sobre a confidencialidade e suas nuances, será feita a análise se tal princípio de fato protege as partes envolvidas em um litígio e se é suficiente a garantir ambiente propício para revelação de segredos que permitam as partes, agora desarmadas, conciliarem-se.

Palavras Chave: Mediação. Confidencialidade. Confiança.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio da Confidencialidade; 3. Pessoas atingidas pelo dever de confidencialidade; 4. Exceções à confidencialidade; 5. Consequências da violação; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas; 8. Legislação.

1.Introdução

Os meios alternativos ou adequados de solução de controvérsias positivados nas Leis 29/2013, de 19 de abril em Portugal e 13.140, de 26 de junho de 2015 no Brasil revelam uma importância dada pela ciência processual à efetividade da jurisdição.

Ainda que as realidades sejam distintas, isto porque no Brasil a população ultrapassa a marca dos 200 milhões de habitantes,³¹ certo é que a jurisdição tradicional, ou seja, aquela em que o processo não seria um fim em si mesmo, mas instrumento para assegurar direitos, com regras e processamento previstos pelos tradicionais Códigos de Processo Civil, revelou-se inapta ou, ao menos, morosa a solucionar os litígios de uma sociedade que evolui e está em constante mutação.

Nesse cenário, cresce a importância dada aos meios alternativos de resolução de litígios, como a arbitragem, a mediação, a conciliação, a negociação e os julgados de paz. Isto se deve, pois, por estes meios, garante-se ao cidadão uma resposta mais célere, prestigiando o acesso à justiça.

Os meios alternativos de solução de conflitos, justamente por terem como escopo a solução da controvérsia célere e efetiva, têm regramentos e princípios próprios, entre eles a oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, boa-fé, voluntariedade, independência, competência e responsabilidade, além do princípio objeto do presente artigo: a confidencialidade.

Tanto o diploma português como o brasileiro preveem expressamente a confidencialidade como princípio orientador da mediação e, sem pretender esgotar o tema, a abordagem do princípio em tela é justamente a oposição ao clássico paradigma do processo civil, que, ao contrário, tem a publicidade como princípio orientador.

Segue-se a abordagem do conceito de confidencialidade; com sua consagração legal, a determinação de seu âmbito subjetivo, delimitando àqueles que têm o dever de observância da confidencialidade; suas exceções, e o porque destas, tendo em vista que o princípio da confidencialidade assume especial relevo ao permitir que as partes, adotando uma postura de cooperação, criem ambiente de confiança entre elas, com a revelação de conteúdo sigiloso.

Em seguida, por ser o sigilo um dever, necessário se faz breve referência quanto as sanções previstas pelo seu descumprimento.

A abordagem de cada aspecto que envolve o princípio da confidencialidade será realizada fazendo-se um paralelo entre as legislações brasileira e portuguesa, com seus pontos similares e diferenças, razão pela qual não se abrirá tópico específico para a legislação de cada país, com o objetivo final de responder se de fato o princípio da confidencialidade garante às partes envolvidas em um litígio, ambiente de confiança adequada proteção às partes e do eventual conteúdo revelado.

³¹ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 23-02-2022.

2. Princípio da Confidencialidade

O Princípio da confidencialidade teve sua primeira consagração legal em Portugal na Lei dos Julgados de Paz. Na versão original do art. 52, as partes tinham que subscrever, previamente, um acordo de mediação e, por meio dele, assumir que a mediação tem caráter confidencial³². Já nessa disposição, em seu último item, constava o impedimento do mediador, que não poderia ser testemunha em qualquer causa que oponha os mediados, ainda que não diretamente relacionada com o objeto da mediação.

Além do citado artigo, a Lei que prevê sobre os Julgados de Paz, sua organização, competência e funcionamento em seu art. 22 traz como dever dos juízes de paz e dos mediadores, o dever de sigilo, salientando que não cabe a tais figuras emitir declarações ou comentários sobre os processos que lhe são distribuídos, somente ressalvando o dever de sigilo para casos que além de não estarem cobertos pelo segredo de justiça, o acesso à informação legítimo o afaste.

Por tais disposições verifica-se a amplitude dada ao princípio da confidencialidade nos Julgados de Paz. Deveria ser observado não somente pelo mediador, mas pelas partes que deveriam assumir o caráter confidencial do acordo, isto tudo para que a confiança entre as partes pudesse ser estabelecida.

Também na União Europeia sentiu-se a necessidade de estabelecer um conjunto de regras para regular a mediação de conflitos. A Diretiva 2008/52/CE surgiu visando a regulação da mediação para conflitos transfronteiriços em matéria civil e comercial.

Seguindo a Diretiva 2008/52/CE, Portugal editou a Lei 29/2009, de 29 de setembro que foi responsável por aditar artigos do Código de Processo Civil³³ trazendo em seu sumário, inclusive, que tal lei procede à transposição da Diretiva Europeia.

Como a transposição ainda era tímida, adveio a Lei 29/2013 de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, sendo um deles o princípio da confidencialidade, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

³² Lei nº 78/2001, de 13 de julho versão desatualizada, disponível pelo link http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=724&artigonum=724A0052&n_versao=1&so_miolo=. Acesso em: 23-02-2022.

³³ Os artigos 249A, 249B e 249C que previa expressamente a confidencialidade.

De forma muito transparente a referida Lei traz uma série de definições, como o que se entende por mediação³⁴, além das definições dos princípios aplicáveis a mediação. São eles: princípio da voluntariedade, princípio da confidencialidade, princípio da igualdade e da imparcialidade, princípio da independência, princípio da competência e da responsabilidade e, finalmente, o princípio da executoriedade.

Como dito, o presente artigo não tem a pretensão de esgotar todo o conteúdo legislativo e a importância de cada princípio na solução alternativa de litígios, razão pela qual será abordado somente o princípio da confidencialidade.

A Lei 29/2013 de 19 de abril traz para o âmbito do Direito Português expressamente em seu art. 5º as diretivas do princípio da confidencialidade.³⁵

Antes desse diploma a Lei dos Julgados da Paz já previa alguns princípios que deveriam ser observados, entre eles o referido princípio da confidencialidade (conferir o art. 52).

O art. 5º dispõe que o procedimento de mediação tem natureza confidencial e que o mediador de conflitos deve manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento durante o processo.

Em que pese a natureza confidencial da mediação que deve ser privilegiada, certo é que o próprio artigo excepciona tal dever por razões de ordem pública, especificadamente em situações que envolvam a proteção do superior interesse da criança;

34 Art. 2º, item a) mediação: a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo de assistência de um mediador de conflitos;

35 Art. 5º

1 - O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem.

2 - As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu consentimento, às restantes partes envolvidas no procedimento.

3 - O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses.

4 - Exceto nas situações previstas no número anterior ou no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem.

a integridade física ou psíquica de qualquer pessoa ou quando necessário para execução do acordo obtido com a mediação.

Três meses após a edição da Lei em comento, em 31 de julho de 2013, é publicada a Lei 54/2013, que altera substancialmente a Lei de Julgados de Paz, e embora revogue o artigo 52 – visto que a confidencialidade foi tratada pela Lei 29/2013, de 19 de abril – passa a atribuir mais competências a estes Tribunais, o que demonstra a preferência do Legislador aos meios alternativos, alargando a oferta dos serviços junto do cidadão.³⁶

Note-se que a Lei 29/2013, de 19 de abril consagra especificadamente cada um dos princípios inerentes à mediação, condensando-os em um único diploma o que anteriormente estava previsto, mas de forma esparsa por diversos diplomas – com a edição da Lei foi revogado o artigo 249º-C do Código de Processo Civil.

No Brasil, assim como ocorreu nas terras lusitanas, houve forte valorização dos denominados meios adequados de solução de controvérsias, isto porque, a conflituosidade de uma sociedade cada dia mais plural e diversificada, revelou um Poder Judiciário ineficiente a atender tantas demandas.

Existiu uma primeira tentativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, proposto pela Deputada Zulaiê Cobra e arquivado.

Já no ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça, considerando que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal do Brasil além da vertente formal perante os órgãos judiciais, implica acesso à ordem jurídica justa, bem como que a conciliação e mediação são instrumentos efetivos de pacificação social³⁷, editou a resolução nº 125.

Na citada resolução, em seu anexo, veio a previsão em seu art. 1º, §1º, o princípio da confidencialidade, estabelecendo o dever de sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, com exceção de autorização em sentido contrário das partes ou em caso de violação à ordem pública ou as leis vigentes.

No mesmo parágrafo, há o impedimento em relação ao mediador quanto a ser testemunha em processo e de que em nenhuma hipótese pode ser advogado de qualquer das partes, ao que muito se assemelha as disposições previstas no Direito Português e na Diretiva Europeia.

³⁶ ALVES, Helena, A Resolução Alternativa de Litígios em Portugal: Retrospectiva Histórico-Política, Revista Luso-Brasileira de Direito Do Consumo, vol. VI, n.22, Junho de 2016. p.61.

³⁷Disponível em : http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf. Acesso em: 23-02-2022.

Seguindo a resolução, no ano de 2015 o Brasil editou as Leis 13.105 de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil – e a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 – que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, ambas com disposições expressas valorizando e, inclusive, impondo como fase obrigatória no processo civil, a promoção da conciliação, da mediação e de outros métodos de solução consensual de conflitos.³⁸

Com efeito, o CPC traz uma seção específica para tratar dos conciliadores e mediadores judiciais (artigos 165 a 175). Por essas disposições diferencia as atuações dos mediadores e conciliadores de acordo com a prévia existência ou não de vínculo entre as partes e a postura do terceiro. Vale dizer, o conciliador atuará nos litígios em que não houver vínculo anterior entre as partes, o que lhe dá liberdade, inclusive de sugerir soluções para desavença, ao passo que o mediador atua naqueles casos em que há vínculo entre as partes, restringindo-se ao auxílio aos interessados para compreender o conflito em que inseridos, para que as partes, por si próprias, cheguem a uma solução consensual.³⁹

Em seguida, no art. 166, o Código de Processo Civil já elenca os princípios informadores da conciliação e da mediação, sendo um deles o da confidencialidade e prevê expressamente nos parágrafos que se seguem que a confidencialidade se estende a todas as informações produzidas no curso do processo, cujo teor não poderá ser utilizado para outro fim que não a conciliação em sentido amplo. Em razão do dever de sigilo, mediadores e conciliadores não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos dos procedimentos adequados de solução de controvérsias.

O princípio da confidencialidade também vem expresso na Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição no âmbito da Administração Pública e, à semelhança da Lei Portuguesa 29/2013 de 19 de abril, também traz a definição de mediação⁴⁰.

O princípio da confidencialidade ganha uma seção própria, com conceito, a quem o dever de confidencialidade se aplica, além de suas exceções (artigos 30 e 31).

³⁸ Essa promoção, sempre que possível, pela solução consensual de conflitos já vem prevista no art. 3º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015, revelando a intenção do legislador de que tais meios alternativos devem ser estimulados pelos operadores do direito, membros do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, pois as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução de seus litígios (§4º), rompendo o antigo paradigma que revelou-se ineficiente frente a litigiosidade crescente de uma população cada vez mais exigente e ciente de seus direitos.

³⁹ Art.165, §§ 2º e 3º do Código Processual Civil Brasileiro

⁴⁰ Dispõe a Lei 13.140/2015 em seu art. 1º, parágrafo único: "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem o poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver solução consensuais para controvérsia".

Como se observa, tanto o Código de Processo Civil, como a Lei 13.140/2015, preveem a importância de a atividade ser conduzida por mediador profissional, imparcial e equidistante do conflito⁴¹, podendo ser qualquer profissional, não existindo exclusividade para advogados ou psicólogos, ao contrário, há previsão expressa de que poderá funcionar como mediador qualquer pessoa capaz que tenha confiança das partes e seja capacitada⁴².

3. Pessoas atingidas pelo princípio da confidencialidade

Em que pese o processo deva gozar de ampla publicidade, certo é que em matéria de mediação a confidencialidade assume fator de garantia da funcionalidade do instituto.

Como visto, tanto no Direito Português, como no Brasileiro, há expressa previsão pelo dever de confidencialidade para os mediadores e conciliadores. Contudo, tal dever não fica a eles adstrito.

A redação do número 1 do artigo 5º da Lei 29/2013 de 19 de abril determina que o mediador está vinculado a um dever de sigilo, o que também pode ser observado no §2º do artigo 166 do Código de Processo Civil Brasileiro, que de forma mais abrangente, impõe tal dever não só ao mediador e conciliador, mas aos membros de suas equipes.

Contudo, não resulta claro se para além dos mediadores e conciliadores, além dos membros de suas equipes quem mais poderá também estar sujeito ao dever de confidencialidade.

Note-se que em seu artigo 7º a Diretiva Europeia faz referência não só ao mediador, mas a quaisquer pessoas envolvidas na administração do processo de mediação o dever de confidencialidade. De acordo com esta redação, o dever de confidencialidade se estende para além do mediador/conciliador e das partes envolvidas.

À evidência que tal disposição é abrangente, e assim não poderia deixar de ser, pois a Diretiva estabelece um mínimo a ser observado pelos Estados-Membros, não impedindo que cada um destes edite normas mais específicas e de acordo com as especificidades de cada um.

41 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo, Manual de Mediação e Arbitragem, Ed. Saraiva, 2019. p. 38.

42 Art. 9º da Lei 13.140/2015. A propósito conferir o enunciado CJF n. 47: “A menção à capacitação do mediador extrajudicial, prevista no art. 9º da Lei 13.140/2015, indica que ele deve ter experiência, vocação, confiança dos envolvidos e aptidão para mediar, bem como conhecimento dos fundamentos da mediação, não bastando formação em outras áreas do saber que guardem relação com o mérito do conflito”.

Tal é reforçado pelo número 2 do artigo 7º da Diretiva, que prevê a possibilidade dos Estados-Membros aplicarem medidas mais rigorosas na proteção a confidencialidade na mediação.

Ainda que o art. 5º da Lei 29/2013 não seja específico quanto às pessoas atingidas pelo princípio da confidencialidade, o artigo 16, ao determinar o procedimento a ser seguido, estabelece que o protocolo de mediação é assinado pelas partes e pelo mediador, que declararão o respeito ao princípio da confidencialidade (número 3, item d).

Destaca-se que o princípio da confidencialidade, embora estabeleça que seja a medição confidencial, não determina que o procedimento seja secreto, razão pela qual tanto no diploma brasileiro como no luso, há exceções ao princípio.

Assim, resulta claro que para além do mediador, as partes se encontram subordinadas ao dever da confidencialidade. Dever este que não só é imposto legalmente, consoante artigo 5º, mas reforçado por uma fonte contratual, com a assinatura do protocolo.

E quanto aos advogados? Estariam eles também subordinados ao dever de confidencialidade?

O artigo 18 é cristalino ao prever que as partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar, podendo ser acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores, além da previsão, inclusive, de acompanhamento das partes por outros técnicos cuja presença considerem necessária – desde que não haja oposição da outra parte.

E arremata no item 3, que todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.

Com efeito, ainda que o artigo 5º tenha sido tímido quanto a disposição do dever de sigilo, o fazendo somente ao mediador, certo é que tratou das partes e de qualquer interveniente – nesse ponto a semelhança do que ocorre no Direito Brasileiro – de forma destacada e a não pairar dúvidas de que todos intervenientes também estão sujeitos ao dever de confidencialidade.⁴³

No Direito Brasileiro a disposição expressa veio com a Lei de Mediação nº 13.140/2015, ao dispor no §1º do artigo 30 que o dever de confidencialidade não só cabe ao mediador, mas às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras

⁴³ Artigo 18º da Lei 29/2013: imposição legal ao dever de confidencialidade a todos intervenientes do procedimento (item 3).

pessoas de sua confiança que tenham participado do procedimento de mediação, seja diretamente ou indiretamente.

Assim, e não poderia ser diferente, o princípio da confidencialidade alcança todas as partes envolvidas na mediação, trazendo inegável segurança àqueles que, visando construir uma solução negociada, revelem conteúdos sigilosos, os quais em um processo judicial, poderiam certamente comprometê-los.

4.Exceções à Confidencialidade

A mediação e conciliação, como meios alternativos, ou adequados de solução de controvérsias tem na voluntariedade e na confidencialidade características que a diferem do processo civil jurisdicionado.

A confidencialidade tem como objetivo primeiro criar entre as partes em litígio um ambiente de confiança, sem receio de que eventuais fatos revelados ou expostos possam ser utilizados em seu prejuízo.

No Brasil, a denominada Lei de Mediação (13.140/2015), por tratar da mediação também no âmbito da administração pública, embora traga o princípio da confidencialidade como regra; sua utilização não pode ser admitida como forma de ilidir a transparência e a impessoalidade⁴⁴ que norteiam o uso da *res* pública.

Embora essencial, o princípio da confidencialidade não é absoluto e sequer pode ser confundido com sigilo.

O artigo 30 da Lei em comento, ao prever a confidencialidade, permite que as partes, de comum acordo, renunciem a tal dever. Além da renúncia pelas próprias partes, são exceções a confidencialidade o fato de ser exigida a divulgação por lei ou quando a publicidade for necessária para o cumprimento do acordo obtido.

Ressalva o §2º do artigo 30 que a prova apresentada em desacordo com o disposto no artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial. Tal dispositivo reforça o ambiente que o legislador pretende criar àqueles que de fato pretendem a solução consensual do litígio.

Finalmente, os parágrafos 3º e 4º apresentam mais duas exceções: não está abrangida pela regra da confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de

⁴⁴ DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo, Manual de Mediação e Arbitragem, Ed. Saraiva, 2019. p. 164.

ação pública, além de tal regra não afastar o dever de as partes prestarem informação à administração tributária.

À semelhança do Brasil, o princípio da confidencialidade em Portugal também não é absoluto.

Seguindo a Diretiva Europeia 2008/52/CE45, o artigo 5º da Lei 29/2013, de 19 de abril, ao dispor sobre a confidencialidade, em seu item 3, prevê exceções. Assim, identificam-se enquanto exceções “razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução de acordo por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses”.

É certo que ainda que os dois diplomas – Brasileiro e Português – tragam exceções à confidencialidade, o direito brasileiro dá carta branca às partes quanto à sua obrigatoriedade, pois não só prevê como exceções eventual disposição legal em lei diversa e para o caso de cumprimento do acordo obtido pela mediação, como permite as partes, desde que o façam expressamente, afastar a imposição do sigilo. Cláusula aberta que não encontra equivalência no Direito Português e, por sua abrangência, pode comprometer o ambiente de confiança prestigiado e estimulado pelo legislador.

5. Consequências da Violação

Como visto ao longo do presente artigo, a confidencialidade na mediação é um dever, com fundamento legal, mas também decorrente da convenção das partes. Como dever, sua inobservância gera sanções.

No Direito Português, a Lei 29/2013 prevê em seu Capítulo V (Sistemas Públicos de Mediação), Secção III, a fiscalização do exercício da atividade de mediação.

Note-se a particularidade de que a previsão que passaremos a análise diz respeito a fiscalização no âmbito da mediação exercida por sistemas públicos e não no âmbito da mediação privada.

No artigo 43 fica estabelecido que a fiscalização compete às entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação, que podem ser impulsionadas por queixa ou

45 A Diretiva Europeia também não ignorou a possibilidade das informações decorrentes da mediação, tendo em vista a peculiaridade de certas situações, serem reveladas, e trouxe como exceções a confidencialidade nos itens a) e b) do número 1 do artigo 7º, as razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro, em especial para assegurar a proteção do interesse das crianças ou evitar que sejam lesadas as integridades física e psíquica de uma pessoa e caso a divulgação do conteúdo obtido na mediação seja necessária para execução do acordo – exceções que foram reproduzidas pelo Direito Português.

reclamação apresentada contra os mediadores, ou por iniciativa própria, no exercício de supervisão contínua a que são obrigadas a realizar. No item 2, do artigo em comento, estabelece que realizada a fiscalização e, à evidência, ouvido o mediador, o dirigente emite sua decisão fundamentando-a e com indicação da medida a ser aplicada ao mediador, a depender da gravidade do ato.

Em seguida, o artigo 44 elenca as medidas possíveis de aplicação pelo dirigente máximo da entidade gestora do sistema público de mediação. Sendo elas: repreensão; suspensão das listas e exclusão das listas. E no nº 2, vai além, ao prever que no caso de violação ao dever de confidencialidade pelo mediador se subsumir ao artigo 195 do Código Penal⁴⁶, a entidade gestora do sistema público de mediação participa a infração às entidades competentes.

No direito brasileiro, também há sanções a violação ao dever de confidencialidade. Contudo, não há capítulo ou seção específicas. O artigo 173 do Código de Processo Civil determina que será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que: agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, além de prever a mesma sanção àqueles que violarem os deveres decorrentes dos parágrafos do artigo 166, entre eles, o dever de confidencialidade (expresso no §1º do artigo 166).

Já a Lei 13.140/2015 que dispõe mais especificadamente sobre a mediação, traz disposições sobre a confidencialidade e suas exceções em seção própria, mas é lacunosa quanto as sanções aplicáveis ao mediador e conciliador que a desrespeitam, cuidando somente de equiparar, para os efeitos da legislação penal, a figura do mediador/conciliador e todos aqueles que assessoram no procedimento de mediação, quando do exercício de tal atividade, ao servidor público⁴⁷

6. Conclusão

É inegável a importância dos meios alternativos de solução dos conflitos, que encontraram na morosidade do sistema judicial e na volatilidade de sociedades que evoluem em velocidade não acompanhada por suas leis, especial atenção dos legisladores, com edição de Leis específicas e rol próprio de princípios.

⁴⁶ Artigo 195º. Violação de Segredo. Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

⁴⁷ Artigo 8º da Lei 13.140/2015. Ao fazer essa equiparação, ainda que a lei não traga sanções específicas ao mediador e conciliador, certo é que o responsabiliza de forma mais gravosa, isto porque a legislação penal brasileira tem capítulo específico com a tipificação de condutas que somente podem ser praticados por servidor público, vale dizer, exigem condição especial do sujeito ativo do delito.

São tidos como garantidores de uma justiça célere e eficiente, com a promoção de uma solução dialogada e construída pelas partes, o que, à evidência, resulta na verdadeira pacificação social.

O princípio da confidencialidade, até por se opor a publicidade exigida nos processos judiciais, revela-se essencial para esse modelo de justiça negociada e de fato merece atenção do legislador – como bem observado pelos diplomas citados – para permitir ambiente de confiança entre as partes em litígio.

Assim, os diplomas brasileiro e português se preocuparam em delimitar o princípio da confidencialidade, determinando quem são as pessoas atingidas pelo dever de sigilo, alcançando não somente as partes, como seus advogados e todos àqueles que de qualquer forma estejam envolvidos na mediação; suas exceções, como questões de ordem pública, para garantir a execução do acordo, além da proteção de interesses das crianças e adolescentes e integridade física e psíquica de qualquer pessoa. E, finalmente, o sistema de fiscalização e as sanções aplicáveis pela inobservância do princípio da confidencialidade.

Em suma, a confidencialidade, como princípio orientador da mediação, tem como escopo primeiro criar ambiente propício às partes e intervenientes para que de fato sintam que a revelação de conteúdos delicados e sigilosos não vão ser usados em seu prejuízo em um processo jurisdicional futuro, permitindo que as partes em conflito se desarmem na busca de uma solução negociada e que, à evidência, encontra maior probabilidade de ser executada voluntariamente.

Ainda que se possa eventualmente indagar-se se sua abrangência não poderia afetar uma decisão justa pelo judiciário – nos casos em que infrutífera a mediação – tendo em vista que os conteúdos revelados não poderiam ser usados contra as partes e, portanto, o Juiz julgaria alheio a certas provas importantes ou, quiçá determinantes para o deslinde do feito, certo é que suas vantagens se sobrepõe as desvantagens, pois garante ao cidadão outro meio de solucionar suas controvérsias, mais célere, efetivo, negociado, em respeito a duração razoável do processo.

7.Referências Bibliográficas

ALVES, Helena, **A Resolução Alternativa de Litígios em Portugal: Retrospectiva Histórico-Política**, Revista Luso-Brasileira de Direito Do Consumo, vol. VI, n.22, Junho de 2016 (p.51/64).

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista, **A mediação e os meios alternativos de resolução de conflitos**, Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, ano 3, n.5, janeiro/abril 2014, Belo Horizonte: Editora Fórum.ISSN:22389695.

COELHO, João Miguel Galhardo, **Julgados de Paz e Mediação de Conflitos**, Lisboa: Editora Âncora, 2003, ISBN: 9727801129.

DE ALMEIDA, Daniela Vicente, **O dever de revelação como problema de independência e Imparcialidade dos árbitros**, Editora Almedina. 2018. ISBN:9789724077154.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo, **Manual de Mediação e Arbitragem**, São Paulo: Editora Saraiva, 2019, ISBN: 9788553611683.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios, **Direito Processual Civil Esquematizado**, 5ª Ed. 2015. São Paulo: Editora Saraiva. ISBN: 9788502620179.

GOUVEIA, Mariana França, **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**, 3ª Ed. Reimp. Coimbra. Almedina. 2018. ISBN: 9789724055701.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia, **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 5ª Ed. 2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN: 9788520372685.

8. Legislação

LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015: Código de Processo Civil
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23-02-2022.

LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015: Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 23-02-2022.

Lei n.º 48/1995 Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15.
<https://data.dre.pt/eli/dec-lei/48/1995/p/cons/20190906/pt/html>. Acesso em 23-02-2022.

Lei n.º 29/2009 Diário da República n.º 123/2009, Série I de 2009-06-29
<https://dre.pt/pesquisa/-/search/491936/details/maximized>. Acesso em 25/10/2019.

Lei n.º 29/2013 Diário da República n.º 77/2013, Série I de 2013-04-19
<https://dre.pt/pesquisa/-/search/260394/details/maximized>. Acesso em 25/10/2019.

____ Lei n.º 41/2013 Diário da República n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26 <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/basic?q=c%C3%B3digo+processo+civil>. Acesso em 23-02-2022.

____ Lei n.º 78/2001 Diário da República n.º 161/2001, Série I-A de 2001-07-13 <https://dre.pt/pesquisa/-/search/388220/details/maximized>. Acesso em 23-02-2022.

____ Resolução CNJ Nº 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 23-02-2022.

____ DIRETIVA 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008. Dispõe sobre certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>. Acesso em 23-02-2022.

OS ATIVOS INTANGÍVEIS E OS PRINCÍPIOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA.

ALEXANDRE DE SOUZA ARAÚJO:

Advogado, assessor jurídico da Petrobras S/A, especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA.

RESUMO: O presente artigo trata dos princípios e caracteres gerais da Governança corporativa, os correlacionando com o papel dos ativos intangíveis nas organizações. Cuida ainda das relações entre a boa governança corporativa com esses ativos, expondo seu benefício para a corporação, especialmente no que toca à minoração dos custos tributários e o aumento de rentabilidade.

Palavras chaves: Governança corporativa, ativos intangíveis, *goodwill*, ativos intelectuais, custo tributário, rentabilidade.

ABSTRACT: This article depicts the principles of Corporate governance, studying as much they are related to immaterial assets, specially aiming how they may help reduce tax burden and raise revenue.

Keywords: Corporate governance, immaterial assets, goodwill, intellectual property, tax burden, revenue.

Introdução

O tema Governança corporativa apesar de já não ser recentíssimo ainda desperta interesse e conta com bastante campo para análises, notadamente suas interações com outros aspectos das organizações, das dinâmicas de gestão e políticas. O presente artigo em especial busca analisar eventual relação desse tema com os ativos intangíveis numa corporação e, de forma biunívoca, observar se esta relação impacta na saúde financeira da organização e de que forma.

1.Princípios da Governança Corporativa

Na década de 90, surgiu um movimento voltado a adoção de novas práticas capazes de proteger as corporações de abusos das diretorias executivas. Também fazia parte desse movimento um estímulo ao papel fiscalizador dos conselhos de administração e das auditorias externas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2004). Nessa linha, se observou que a governança corporativa tem como fonte essencial o chamado "conflito de agência", qual seja, a possibilidade de os recursos dos investidores não serem bem empregados ou serem desviados (BIANCHI,2005)

Segundo o IBGC (2004) há sérias consequências para as corporações quando não existe um bom sistema de governança corporativa. É possível citar algumas dessas consequências: (a) abusos de poder (do acionista controlador sobre minoritários, da diretoria sobre o acionista e dos administradores sobre terceiros); (b) erros estratégicos (resultado de muito poder concentrado no executivo principal); e, (c) fraudes (uso de informação privilegiada em benefício próprio, atuação em conflito de interesses)

Observou-se, a partir desses efeitos que a governança não estaria resumida à gestão privada. Hoje o conceito de governança corporativa está inserido numa ideia geral de governança que se aplica também ao setor público e terceiro setor. Mais do que parâmetros estanques de gestão, a governança – em seu sentido global - se pauta por princípios. Esses princípios foram veiculados através de um Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC (2004, p. 9-10), que tem as seguintes linhas mestras: transparência, prestação de contas (*accountability*), equidade e responsabilidade corporativa.

Em relação à “transparência”, o código do IBGC se refere “à obrigação de informar”, atrelada ao “desejo de informar”, no sentido de gerar um ambiente de confiança. A *accountability*, de outro lado, se refere à responsabilidade integral do gestor por todos os atos praticados no exercício dos mandatos, não só no sentido de responsabilidade civil, mas também administrativa e de prestação de contas. Esse aspecto reforça bem a ideia do conflito de agencia como provocador da ideia de governança. A “equidade” visa ao tratamento justo e igualitário de todos os grupos minoritários, tanto do capital como de demais partes interessadas (os chamados *stakeholders*)- consumidores, trabalhadores, etc. Por fim, a “responsabilidade corporativa” é voltada ao zelo pela perenidade das organizações. Trata-se, portanto, de uma visão de longo prazo, de sustentabilidade que busca incrementar considerações de ordem social e ambiental nos negócios corporativos.

Postas as linhas gerais, cabe estabelecer a relação do conflito de agencia com a estrutura de capital como se verá adiante.

1.1 A posição dos acionistas e o capital social contábil

A governança corporativa é contextualizada de acordo com as exigências econômicas, regulatórias, corporativas e sociais de cada país, em conformidade com as suas particularidades empresariais, embora se observe que os sistemas de governança (i.e. *outsider*, *insider*), praticados nos países mais desenvolvidos, venham servindo de modelo para os demais países.

O *Outsider System* se configura em um sistema em que os acionistas se encontram pulverizados. Trata-se de algo típico do sistema de governança anglo-saxão (Estados Unidos e Reino Unido). Nele a propriedade é dispersa nas grandes empresas, de modo que

o mercado de ações ganha grande relevância. É muito focada no retorno financeiro aos acionistas (*shareholder oriented*). A Lei Sarbane-Oxley⁴⁸, editada nos EUA, explicita esse modelo, indicando claramente o fim de proporcionar mais segurança aos investidores em geral. Ela é produto desse paradigma de governança corporativa.

O *Insider System* se caracteriza pela existência de grandes acionistas centralizadores do comando corporativo, ainda que através de agentes. Este sistema é mais típico da Europa Continental e do Japão. Mais concentrado, aparece em conglomerados empresariais e alcança maior reconhecimento de outros *stakeholders* não financeiros, como funcionários.

A classificação dos tipos de governança ganha importância em virtude dos diferentes atributos da estrutura do capital que virão a interferir diretamente na governança empresarial. Alguns autores correlacionam diretamente determinados atributos corporativos à sua respectiva estrutura de capital.

Nesse estudo, destaca-se o atributo “estrutura dos ativos e tangibilidade”, o fator “benefícios fiscais” e o fator “tamanho”. O fator “estrutura dos ativos e tangibilidade” é fortemente notado em organizações com maior volume de ativos tangíveis, que podem ser usados como garantia e que lhes capacita a reduzir o custo do endividamento (GOMES e LEAL, 2000). No caso do atributo “benefícios fiscais”, observa-se que as deduções fiscais adicionais, competindo pela mesma base de tributação (os lucros), tendem a diminuir a busca das organizações pelo endividamento, se o objetivo desta é unicamente reduzir o lucro tributável (JORGE e ARMADA, 2001). Ao se falar do atributo “tamanho”, reporta-se às organizações que, por serem maiores, possuem menor probabilidade de falência e, por isso, têm capacidade de endividamento superior à das empresas de menor porte, desde que mantidos constantes outros fatores (RAJAN e ZINGALES, 1995).

Esses atributos interferem na estrutura do capital, o que, de seu turno, conduz aspectos de governança. Por exemplo: um grande conglomerado, concentrado, que se sinta encorajado a adotar uma participação maior de terceiros no seu capital, estará propenso a se voltar preferencialmente para o modelo *Insider System*. Seus credores podem ser considerados *stakeholders* e para eles serão direcionados boa parte dos indicativos de uma boa governança.

De qualquer forma, observam-se dois vieses claros na apreciação do capital empregado na empresa. Um que se refere à posição dos acionistas, que envolve inclusive

⁴⁸ A Lei Sarbane-Oxley, editada em 2002 nos EUA, abrange as empresas estrangeiras que possuem ações negociadas nas bolsas de valores daqueles país e estabelece controles internos detalhados e documentados, com o objetivo assegurar responsabilidade das altas administrações das empresas sobre a confiabilidade das informações por elas fornecidas sobre a organização.

a divisão do capital entre o “capital próprio” e “capital de terceiros” obtido através do endividamento. Outro se refere mais especificamente ao seu espelhamento contábil, que busca indicar o montante investido no início da atividade e que também contabilmente tem o papel de garantia à atividade da empresa.

1.2 Governança corporativa e a estrutura do capital

Na sequência, cabe partir da seguinte observação: ao mesmo tempo em que a qualidade da governança corporativa pode ser um fator determinante para a contratação de recursos próprios e de terceiros, a estrutura de capital pode ser vista como um instrumento de governança corporativa.

A primeira correlação que é feita diz respeito à diminuição do custo de endividamento na proporção da adoção de práticas de Governança Corporativa. Haveria uma redução gradativa naquele custo, contudo, cabe aprofundar a questão através de estudos mais recentes sobre essas correlações. Da mesma forma que se traçou alguns atributos condicionantes da estrutura de capital, alguns autores têm delineado atributos determinantes da governança corporativa.

McConnell e Servaes (1995) analisam o fator “expectativa de crescimento”, observando que mais oportunidades futuras de crescimento demandam a captação de mais recursos e, portanto, lhe demanda melhor nível de GC para facilitar essa captação. No tocante ao fator “estrutura dos ativos e tangibilidade”, quanto mais intangível for a atividade da organização, maior será o risco de os recursos serem desviados, tornando mais difícil monitorar investimentos em ativos intangíveis. Portanto, melhor deverá ser a GC para compensar essa característica de sua operação, segundo Himmelberg *et al.*(1999).

Klapper e Love (2004) analisaram o atributo “tamanho” e observam que as organizações maiores tendem a produzir maior volume de fluxo de caixa livre, necessitando de boas práticas de GC para mitigar os problemas de conflitos de interesses dele decorrentes. Elas detêm mais recursos para fomentar boas práticas de governança, mas também tendem a crescer mais e, pois, a necessitar de progressivo incremento tanto de capital como de boas práticas de gestão.

Há outros fatores que merecem observação. Da análise do atributo “concentração acionária do controlador”, se observa que o maior percentual de ações ordinárias em posse do controlador, em tese, enceta maior possibilidade de expropriação dos acionistas minoritários externos. Por outro lado, quanto maior for percentual do total de ações em posse do controlador e, portanto, maior for seu investimento na organização, menor será, em tese, a probabilidade de desvios entre os atos dos gestores e os interesses dos acionistas. A concentração acionária do controlador ainda teria influência na adoção de diversas práticas de governança com o fim de resguardar minoritários pela maior

probabilidade de expropriação. O estudo do fator “desempenho”, por sua vez, demonstra que indicadores corporativos de desempenho podem indicar maior ou menor necessidade futura de financiamentos externos, desta forma influenciando a necessidade de adoção ou não de determinadas práticas de governança

2. Governança e o capital intelectual

No que pese a estrutura de capital das empresas e a evolução da governança como atributo de gestão do capital nas corporações, tem-se pouco estudado sobre o capital intelectual e sua importância nesse contexto.

O capital intelectual se constitui na soma do conhecimento de todos em uma organização, o que lhe proporciona vantagem competitiva. Ao contrário dos ativos com os quais os empresários e contabilistas estão familiarizados – propriedades, fábricas, equipamentos, dinheiro - a “matéria intelectual” incorpora conhecimento, informação, propriedade intelectual, experiência que pode ser utilizada para gerar riqueza. (STEWART, 1998)

O capital intelectual está definido em dois padrões: o explícito e o tácito. O conhecimento explícito é aquele formalizado, comunicado, passível de fácil transferência. O tácito, mais difícil de ser transmitido, tem uma dimensão técnica (*knowhow*) e outra cognitiva (modelos mentais, crenças e percepções) muito subjetivas (MARINHO e ESTANQUEIRO, 1999, p. 2).

Existiriam nas corporações as chamadas competências essenciais (*core competences*) que seriam responsáveis pela qualidade de sua atuação no mercado, e espelharia suas vantagens competitivas (BITENCOURT, 2004). Parece evidente que a busca dessas competências perpassa uma boa governança, na medida em que a própria ideia de governança tem por fim criar o clima de confiança propício ao aproveitamento das competências essenciais da empresa. Dentre as competências essenciais, observa-se de logo uma visão que transcende completamente o bom manejo dos ativos físicos senão um reforço do capital intelectual como diferencial competitivo.

Os teóricos da pós-modernidade, ao analisar a globalização e os novos fluxos de capital, não deixam de observar a importância desse capital, ao ponto de criar essa denominação específica. (CAPELLA, 2011)

O capital intelectual está, na atualidade, intimamente ligado à qualidade da gestão empresarial. Esta, de outro tanto, não pode ser pensada atualmente sem que se pese o papel da governança corporativa. Os ativos intangíveis, por conseguinte, estão inseridos nessa ordem de capital social, que passamos a analisar com mais especificidade, iniciando pela sua correlação com o atributo “benefícios fiscais”.

3. Ativos intangíveis como redutor do custo tributário.

Conforme analisado, determinados atributos corporativos estão relacionados com a estrutura de capital, dentre eles o atributo “benefícios fiscais”. Segundo esse atributo, a corporação beneficiária de mais deduções fiscais está menos tendente ao endividamento, quando se estrutura o capital com maior participação de terceiros para evitar forte exação sobre o lucro.

O que se põe nesta parte do artigo são causalidades de duas ordens: a) de que forma os ativos intangíveis se relacionam com a exação fiscal, b) a relação entre governança e o fator vantagens fiscais.

Já foi dito que os ativos intangíveis têm relação direta com a boa governança, especialmente os chamados ativos tácitos que maximizam suas potencialidades através de práticas especialmente direcionadas. As boas práticas que compõem a governança corporativa acabam por compor esse ativo intelectual da empresa, ainda que com ele não se confunda. É defensável dizer que há um ponto de intersecção entre as práticas de governança e os ativos intangíveis quando estes ativos intangíveis contribuem para a consolidação da boa governança. De outro lado, uma boa governança possibilita uma valorização desses ativos, oportunizando uma estruturação do capital que favoreça os ganhos empresariais.

Primeiramente, observe-se alguns pontos da legislação tributária, que tratam do assunto. O decreto 1.598/77, que estabelece regras de valorização de ativos no contexto de incorporações, fusões e cisões de empresas, traz a seguinte previsão:

“Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21;

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.”

A instrução normativa SRF 390/2004, que trata da apuração e pagamento da CSLL, de seu turno, estabelece no artigo 75:

“Art. 75. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

(...)

III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:

a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que

lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;

b) deduzido como perda, se ágio, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa;

c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.”

O regulamento do IR ainda prevê o seguinte:

“Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).”

Da leitura das normas expostas, retira-se que o ágio obtido com a diferença de cotação no investimento numa organização, obtida através de ativos intangíveis é relevante à base de cálculo no caso do IR, da CSLL da investida. Cabe esclarecer que ágio (ou deságio) é a diferença entre o custo da participação societária e o valor contábil do patrimônio líquido na data da aquisição.

A legislação fala em ágio ou deságio para a aferição do real custo de aquisição e obtenção do valor referente ao lucro líquido que será tributado. Os ativos intangíveis, assim como o “fundo de comercio” seria a razão econômica para o ágio ou deságio. É evidente que um ativo intangível com valorização crescente serve de causa econômica para um ágio no investimento em determinada organização.

Este ágio, após contabilizado, reduzirá a base tributável, mas continuará sendo fator para obtenção de resultados. Com isso, tem-se o reconhecimento de que os ativos intangíveis são fatores relevantes aos resultados da empresa. A consequência deste raciocínio é que o investimento em ativos intangíveis pode contribuir fortemente à apreciação do capital da organização ao tempo em que é destacado do custo tributário.

Há de se objetar que o objetivo de uma organização privada é obter lucro, de nada adiantando reduzir o custo tributário se ele tiver equivalência com a minoração do lucro líquido. Explanou-se acima que a tangibilidade de ativos poderia servir como garantia e reduzir custos de endividamento (GOMES e LEAL, 2000) e não se pretende infirmar tal assertiva na presente passagem.

Todavia, é possível visualizar que a situação é mais complexa, analisando a partir da ocorrência de uma desvalorização desses ativos intangíveis. Uma eventual contabilização de deságio provocada por essa “causa econômica” parece demonstrar outro aspecto do subtema apresentado. Ele poderia revelar uma ausência de boa governança em relação a essa espécie de ativos. Tome-se como exemplo o fundo de comércio, enquanto complexo otimizado de bens corpóreos, que é posto na legislação como equiparado aos ativos intangíveis. Uma das eventuais causas de desvalorização do fundo de comércio pode vir a ser o descuido com aspectos essenciais de governança como *accountability* ou participação de *stakeholders*. Uma organização com um fundo de comércio disfuncional estaria menos aparelhada a obter lucro e obteria uma menor valorização de seus ativos. Essa memória corporativa certamente influenciaria uma expectativa de lucratividade futura (“goodwill”). Barth (1998) por exemplo, observa que uma “marca forte” gera lucros operacionais maiores e mais consistentes ao longo do tempo.

Decerto que a valorização de ativos intangíveis é mais elástica que a de outros bens na medida em que agrega a sua potencial utilidade para gerenciamento e maximização do valor do negócio como um todo (Cockburns e Grichlies, 1988). Isto porque são ativos dotados de singularidade, difíceis de adquirir, de desenvolver, criar ou copiar (Kayo, 2002).

A conclusão que se extrai é que o investimento de um mesmo valor pecuniário em ativos intangíveis geraria a mesma dedução tributária (do lucro líquido) que outra alocação de recursos, podendo ainda ter um impacto adicional e mais decisivo no sucesso total do empreendimento. Com isso, o próprio capital da organização seria valorizado. Acima, se falou que a diminuição da base de tributação diminui a busca pelo endividamento, se o objetivo é unicamente reduzir o lucro tributável (JORGE e ARMADA, 2001). É lícito, então, dizer que, garantida parcela do investimento através de ativos tangíveis, seria vantajoso, sob o ponto de vista tributário, alocar o investimento em ativos intangíveis capazes de gerar valor à organização e, *pari passu*, gerar valor ao próprio ativo. Por fim, esse mesmo valor poderia ser utilizado como dedução do lucro tributável.

Cumpra traçar alguns exemplos para compreender essas relações. É interessante observar que o valor investido na formulação de uma patente é contabilizado como custo operacional e é deduzida do lucro bruto no exercício. No caso de uma patente “comprada”, ela poderá quando muito ser amortizada, mas ainda assim, a depender da inovação, pode se mostrar mais vantajosa que a compra de ativos imobilizados. Do ponto de vista tributário, é imperioso observar que a amortização de um ativo imobilizado vai incorporar o valor total de produção desse bem, ao passo que no caso da patente, se o seu comprador produzir o bem projetado na patente, esse custo será operacional e, portanto, dedutível. A depender do preço da patente e da sua potencialidade econômica, ela terá permitido uma redução significativa na base tributável já que o valor dos insumos é menos elástico e o valor da patente, por outro lado, só é completamente aferível após o início de produção. Tome-se, ainda, o exemplo da marca (arts. 324, 325 e 418 do RIR/1999). Os investimentos nela alocados serão computados como custo operacional. Até mesmo quando se explora marca de terceiro, mediante pagamento de *royalties*, este valor será contabilizado como custo operacional, deduzindo-se da base de exação (art. 355 do RIR/1999).

Quando se fala em “investimento em ativos intangíveis”, ainda é preciso considerar certa dúvida quanto ao alcance da expressão, se considerada a classificação antes exposta no capítulo dois desse trabalho. Os ativos explícitos seriam melhor identificáveis, dando margem a poucas discussões pelo ente tributante. Um *software* gerido na empresa é melhor “precificado” e espelhado no balanço patrimonial, ainda que essa valoração seja objeto de inúmeros debates contábeis e econômicos. De qualquer sorte, afasta-se qualquer dúvida quanto à dedutibilidade à vista da norma tributária, discutindo-se somente o seu valor e a parametricidade dessa quantificação.

A dúvida que se impõe é se os ativos implícitos, mais relacionados com as práticas corporativas seriam suficientemente “sólidos” para serem dedutíveis. De logo, se esclareça que a boa governança se relaciona com ambos. Malgrado a correlação com os ativos implícitos seja mais evidente, porque está mais relacionada com as práticas empresarias e, portanto, é preciso divisar que o próprio investimento em ativos intangíveis deve estar

cercado dos cuidados inerentes à governança da organização como um todo. Com mais razão, deve estar devidamente informada pelo cuidado com transparência e responsabilidade inerentes à boa gestão. O próprio investimento em ativos intangíveis, de outra forma pode espelhar um ato de boa governança. É comum que as ações de *empreendedorismo social*, que promovem o princípio de equidade em face dos *stakeholders*, sejam contabilizados como *marketing social*, o que, deveras, resulta num ativo intangível- a imagem de empresa socialmente responsável. Esse ativo, de seu turno, se coaduna com outro princípio de governança- a responsabilidade corporativa.

De volta à questão tributária, não parece ser fácil vindicar a dedutibilidade de investimento em práticas que sejam mais voltadas ao consumo interno e que, por estratégicas, não sejam tão transparentes como aquelas voltados às relações externas. Neste caso, é de se cogitar a forte resistência do próprio fisco, ante à possibilidade de utilização desse expediente como mero instrumento de evasão fiscal, com isso, frustrando aqueles pontos delineadores de uma boa governança, especialmente a responsabilidade e transparência. Repita-se, para efeito de distinção, que outros ativos intangíveis, considerados, como “licenças de uso” são tão ou mais estratégicos, mas repousam sua dedutibilidade fortemente na facilidade de quantificação.

Em recente consulta fiscal à receita federal, (Solução de consulta n. 3 – Cosit, de 22 de janeiro de 2016) o fisco federal observou:

“Em síntese, o adquirente da participação societária, que paga um preço superior ao valor do patrimônio líquido à época da aquisição deve justificar e comprovar esse ágio com base em três fundamentos, a saber:

- a) diferença entre o valor de mercado de bens do ativo da investida e seu valor contábil;
- b) expectativa de rentabilidade futura;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

63. A legislação não determina uma ordem a ser seguida, mas a interpretação literal do texto legal permite concluir que esses três fundamentos não são sobrepostos entre si, ao contrário, são excludentes entre si. Luis Eduardo Schoueri trata dessa questão, ao analisar os incisos do § 2º do art. 385 do RIR/1999:

Em síntese, enquanto nas hipóteses dos incisos I e III se procura avaliar, exclusivamente, o investimento por conta de seus ativos (contabilizados ou não),o inciso II busca antecipar os lucros a serem

gerados pelo empreendimento, remunerando o vendedor. Nos primeiros, o comprador paga o preço por algo que ele recebe, no ato; no último caso, o preço contempla algo que se espera venha a ser concretizado. ”

A hipótese do *inciso dois* contempla a dedução do ágio em razão do *goodwill*. Parece correto afirmar que essa expectativa de rentabilidade futura não tem como causa uma estimativa completamente arbitrária ou subjetiva. Essa expectativa de rentabilidade futura certamente vai ter como base informações sólidas sobre a organização, que serão construídas, divulgadas e garantidas pelos princípios de governança corporativa acima tratados. É evidente a relação da governança com a formulação de práticas e saberes internos, os chamados ativos implícitos.

Assim posto, parece claro que aqueles ativos, mesmo sendo implícitos, podem também ser causas de deduções quando, informados por aqueles princípios de governança, se refletem em sérias expectativas em relação à corporação. Não só isso, tem-se que esses ativos implícitos poderiam ainda se converter em deduções fiscais, quando capazes de serem razoavelmente materializados e sindicados pelo fisco, como no caso dos investimentos em *marketing social*, caso em configuraria despesa operacional.

Cabe concluir que a utilização das vantagens fiscais em razão de investimento em ativos intangíveis, quando feito a bom termo, guarda estreita relação com a boa governança. Isto ocorreria quando a boa governança é subsidiária do gozo do benefício, mas também quando o benefício fiscal oportuniza uma melhor estrutura de capital e uma melhor governança, neste caso, num ciclo virtuoso. Conforme pontuado anteriormente, a corporação beneficiária de mais deduções fiscais está menos tendente ao endividamento, estando mais dotada a manter bons níveis de gestões ao tempo que maximiza seus lucros.

É de se perguntar se essa dinâmica não seria a mesma aplicável a todo e qualquer contribuinte. A resposta para esta questão reside no fato de que os ativos intangíveis têm a mencionada face dúplice. O retorno do investimento numa marca, para seguir no exemplo, não se resume o lucro bruto auferido pela venda cada unidade de serviço ou produto em que ela tenha sido utilizada. O conjunto do investimento nessa espécie de ativo eleva a corporação a outro patamar aumentando sua rentabilidade.

Assim, os ativos intangíveis, subsidiados pela boa governança, mostram-se como opção vantajosa do ponto de vista tributário, mas esta seria apenas uma etapa para um benefício maior: o ganho de rentabilidade. Passa-se a tratar disso em seguida.

4. Ativos intangíveis e rentabilidade

Cabe, nessa passagem, distinguir lucratividade de rentabilidade, já que apesar de terem conceitos distintos, são popularmente confundidos, na medida em que ambos servem para avaliar a situação da organização. A lucratividade indica o quociente obtido sobre as vendas realizadas, demonstrando quanto se lucra para cada unidade adicional de valor. Sua fórmula se expressaria na divisão do lucro líquido pela receita total.

Conforme preconiza Wernk (2008), os quocientes de rentabilidade objetivam demonstrar o retorno proporcionado pelos investimentos realizados na empresa, medindo o grau de êxito econômico obtido pelo capital investido. Assaf Neto (2008) aprofunda o conceito ao explicar que o “retorno sobre o ativo” é a “taxa de retorno gerado pelas aplicações realizadas por uma empresa em seus ativos”. Essa definição se expressa matematicamente, dividindo o lucro operacional pelo ativo total médio.

Como se disse anteriormente, as vantagens tributárias no tocante aos ativos intangíveis não se põem como renúncias fiscais, mas é possível dizer que o tratamento tributário permite um ganho de rentabilidade da corporação. Já se aventou que mais da metade do valor de grandes empresas residiam em ativos intangíveis. Essa afirmação toma como premissa justamente a observação de que os ativos intangíveis maximizam a capacidade de retorno da organização a cada valor unitário investido. Ou seja, os ativos intangíveis propiciam maior lucratividade. Mas não só isso, eles tendem a ter um papel decisivo nos resultados que se mede justamente pelo indicador “retorno sobre o ativo”.

É possível especificamente traçar comparativos, computando o retorno sobre “cada ativo”. Tenha-se o exemplo de uma patente. Seu valor de compra, ou o valor empregado na sua criação, tende a aumentar a lucratividade da organização. Numa comparação com competência em que não existia esse ativo, é fácil observar o ganho em rentabilidade em função dos ativos em geral e até em função dele próprio.

Nada obstante, é preciso lembrar quanto à dificuldade de mensuração dos ativos intangíveis. Conquanto se perceba claramente seus efeitos numa organização, nem sempre essa demonstração é livre de críticas. Tome-se o exemplo dos ativos implícitos, cuja contabilização não é evidente. Kayo (2002) observa que o potencial de transformar ativos intangíveis em rentabilidade, por vezes, é medido no momento em que se compram ações da empresa com sobrevalor, já considerando essa capacidade gerencial (CHAN et al, 1999). Essa conclusão remonta ao que se falou sobre a contabilização do *goodwill* para efeitos tributários.

Há um indicador próprio para aferir o impacto dos ativos intangíveis no valor de mercado da empresa, chamado “grau de intangibilidade” ou *Market-to-book ratio*. A medição se dá através da divisão do valor de mercado pelo patrimônio líquido contábil. Portanto, um maior grau de intangibilidade, calculado na forma descrita, representa maior participação dos ativos intangíveis na saúde da corporação de modo geral. Apesar de não

identificar uma correlação específica e quantificada entre determinado ativo e aumento da renda, esse indicador demonstra a causalidade entre os ativos intangíveis e uma maior rentabilidade.

Cabe mencionar uma discussão em torno da contabilização dos ativos intangíveis. Há aqueles que defendem que eles sejam reconhecidos no balanço patrimonial, enquanto outros defendem que sejam caracterizados como despesas do período (Choi et al, 2000). Analisou-se acima a perspectiva tributária, observando que sob diferentes aspectos, os ativos intangíveis representam investimento vantajoso à organização. Exemplificou-se com a hipótese da patente comprada, que não serviria à dedução do lucro bruto enquanto despesa operacional, como no caso da patente desenvolvida, mas ainda assim tenderia a representar menor custo tributário. No presente ponto do trabalho, chega-se à observação de que o investimento nesses ativos transcende a minoração de custos tributários, contribuindo para a rentabilidade da organização mesmo quando não seja dedutível. Observe-se o exemplo da patente desenvolvida. O seu sucesso importará na minoração de custos tributários em relação ao investimento seguido de ganho de rentabilidade, o que autoriza fortemente esse tipo de aporte.

Em recente estudo, levado a efeito por estudiosos de diferentes estados, coletou-se dados de empresas brasileiras listadas no índice BOVESPA de diferentes setores as dividiu em duas categorias: intangíveis-intensivas e tangíveis intensivas com base no " grau de intangibilidade". Compararam-se estes indicadores ano a ano com o "Retorno sobre o patrimônio líquido" (lucro líquido dividido pelo patrimônio líquido), observando-se a proporcionalidade entre ambos indicadores. Defendeu-se que apesar desses ativos não estarem reconhecidos nas demonstrações financeiras, haveria uma antecipação do mercado, precificando os fluxos de caixa futuros e os enxertando no valor das ações. Ou seja, identifica a relação de causalidade entre os ativos intangíveis e o *goodwill* (DECKER, et al, 2013)

5. Considerações finais

O que parece evidente é a relação dos princípios de governança corporativa com os ativos intangíveis, entendidos como classe e, como isto impacta em benefícios para corporação. Uma organização que se preocupe com a boa governança naturalmente investirá em ativos intangíveis no mesmo passo em que estes ativos contribuem para a boa governança. Uma organização que é transparente, tende a ser melhor esquadrinhada pelo mercado. Se a corporação costuma desenvolver métodos e processos para sua melhor gestão, tende a ter maior "grau de intangibilidade". Este grau de intangibilidade, como se observou anteriormente, repercute na valorização da corporação.

É evidente a possibilidade de que determinado ativo intangível não atinja o objetivo planejado quando da sua elaboração ou obtenção. Todavia, não é disso que trata o

presente trabalho, o qual analisa os ativos intangíveis enquanto categoria, e, nessa qualidade, busca delinear seus aspectos positivos, os relacionando com a governança corporativa.

Obviamente que determinada gestão pode projetar uma boa governança corporativa, mas ainda assim não respeitar todos os seus princípios, no mais alto grau, e desta forma fracassar no próprio intento. Porém, até mesmo essa hipótese tende a ser evitada quando há o cuidado de aprimorar aspectos de governança. Um gestor que esteja mais sujeito a *accountability* tende a ter maior cuidado com a alocação e gestão de recursos, nisto incluídos os ativos intangíveis. Como já dito, o investimento em ativos intangíveis pode sofrer certa desconfiança à vista de sua maior dificuldade de quantificação. Neste caso, é natural que o gestor tenha um cuidado maior na sua gestão, o que maximiza as chances de que venha a oferecer os benefícios já tratados.

Ainda é importante considerar que toda atividade corporativa importa em diferentes tipos de risco, alguns inerentes à própria administração. Eventual resultado negativo espelhado na análise de rentabilidade ofertada por determinados ativos intangíveis apenas reforça a importância desse fator e a relação de causalidade aqui apresentada.

A título de exemplo, a compra de uma patente, como estratégia de incremento da lucratividade, deveria aumentar o “grau de intangibilidade” da organização. Entretanto, é possível que o valor de mercado da empresa se mantenha ou diminua, demandando especial pesquisa quanto ao valor ínsito à patente, sua aptidão para gerar renda ou até mesmo algum fator externo à sua aquisição. Isto não infirma a correlação, ao contrário, a reforça conforme se verificou a partir dos estudos acima aludidos e da própria prática administrativa e contábil que acabou por consagrar a figura.

Assim, é perceptível a relação proporcional que os ativos intangíveis têm com a rentabilidade, tanto minimizando o custo tributário, como diretamente impulsionando a lucratividade e ganho de valor à organização. É notável que a gestão voltada a esses ativos tem como forte premissa a boa governança corporativa, especialmente no que toca aos ativos implícitos já identificados.

REFERÊNCIAS

ASSAF NETO, Alexandre. Curso de Administração Financeira. – São Paulo: Atlas, 2008.

ASSAF NETO, A. Finanças corporativa e valor. 3ª Edição. São Paulo, Atlas, 2008

BARTH, M. E., CLEMENT, M. B., FOSTER, G., & KASNISK, R. (1998, March). Brand values and capital market valuation. *Review of Accounting Studies*, 3(1-2), 41-68.

BIANCHI, M. *et al.* A evolução e o perfil da governança corporativa no Brasil: um levantamento da produção científica do ENPAD entre 1999 e 2008. Artigo apresentado no XXXIII EnPAD – 2009. São Paulo-SP.

BITTENCOURT, Cláudia. *Gestão Contemporânea de Pessoas*. São Paulo: Editora Bookman, 2004.

BRASIL, Decreto 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

BRASIL, Decreto 3.000, de 26 de março de 1999.

BRASIL, Receita Federal. Instrução Normativa SRF 390, de 2004. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15288>.

BRASIL, Receita Federal. Solução de consulta n. 3 – Cosit, de 2016). Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=71323>.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid (Espanha), Editorial Trotta, 2011.

CHOI, W. W.; KWON, S. S.; LOBO, G. J. *Market Valuation of Intangible Assets*. ***Journal of Business Research***, n. 49: 35–45, 2000.

COCKBURN, I., GRILICHES, Z. (1988) Industry Effects and Appropriability Measures in the Stock Market's Valuation of R&D and Patent. *American Economic Review*, v. 78, n. 2, p. 419-423.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. CPC 04 – Ativo Intangível. Disponível em www.cpc.org.br.

DECKER, Fabiana, et al. Relação entre os ativos intangíveis e a rentabilidade das empresas listadas no índice BOVESPA.REUNA, Belo Horizonte- MG, Brasil, v. 18, n. 4, p. 75-92,. Out. – dez. 2013.

GOMES, G., & LEAL, R. (2000). Determinantes da estrutura de capitais das empresas brasileiras com ações negociadas em bolsas de valores. In R. Leal, N. da Costa Jr., & E. F. Lemgruber (Eds.). *Finanças corporativas* (pp. 42-57). São Paulo: Atlas.

HIMMELBERG, C., HUBBARD, G. & PALIA, D. (1999). Understanding the determinants of managerial ownership and the link between ownership and performance. *Journal of Financial Economics*, 53(3), 353-384.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). disponível em <<http://www.ibgc.org.br>>. Acesso em 17 nov. 2017.

JORGE, S., & ARMADA, M. (2001). Factores determinantes do endividamento: uma análise em painel. *Revista de Administração Contemporânea*, 5(2), 9-31.

KAYO, E. K. A estrutura de capital e o risco das empresas tangível e intangível-intensivas: uma contribuição ao estudo da valoração de empresas. . Tese (Doutorado em Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2002.

KLAPPER, L., & LOVE, I. (2004). Corporate governance, investor protection, and performance in emerging markets. *Journal of Corporate Finance*, 10(5), 703-728.

MARINHO, Bernardete de L; ESTANQUEIRO, Paulo Roberto. Gestão do conhecimento: construindo uma vantagem competitiva sustentável. 1998. 8f. Artigo – FEA/USP. São Paulo. 1999.

MCCONNELL, J., & SERVAES, H. (1990). Additional evidence on equity ownership and corporate value. *Journal of Financial Economics*, 27(2), 595-612.

RAJAN, R., & ZINGALES, L. (1995). What do we know about capital structure? Some evidence from international data. *Journal of Finance*, 50(5), 1421-1441.

STEWART, Thomas A. Capital Intelectual: a nova vantagem competitiva das empresas.

WERNKE, Rodney. Gestão Financeira: Ênfase em Aplicações e Casos Nacionais/ Rodney Wernke. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

TELETRABALHO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA AUSÊNCIA DE CONTROLE DE JORNADA E O DIREITO A DESCONEXÃO AO TRABALHO

LARA CAXICO MARTINS: Doutoranda,
Professora e Advogada.

ENAN AUGUSTO FERNANDES PIERAÇO⁴⁹

(coautor)

RESUMO: Os atuais trabalhos remotos justificam o necessário estudo sobre a limitação das horas de trabalho. Nesse sentido, a legislação brasileira positivou em 2017 o teletrabalho como modalidade sem controle de jornada. Assim, por via do método dedutivo e pesquisa bibliográfica, o estudo objetiva verificar se aos trabalhadores da modalidade de teletrabalho impõem-se a ausência de controle. Concluiu-se pela necessidade de aplicação de forma restritiva do artigo 62, inciso III, Consolidação das Leis Trabalhistas, de forma a considerá-lo válido apenas quando identificada a real impossibilidade de que a jornada de trabalho seja controlada.

Palavras-chave: Jornada de Trabalho. Teletrabalho. Desconexão ao trabalho. Inconstitucionalidade.

Sumário: 1. Introdução – 2. Globalização e as transformações do trabalho. - 3. O teletrabalho com a reforma trabalhista e o controle de jornada - 4. Inconstitucionalidade da ausência de controle no teletrabalho e o direito à desconexão - 5. Conclusão - 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

As novas tecnologias impulsionaram as atuais formas de organização do trabalho, permitindo que os trabalhadores mudassem de uma produção direta para novos tipos de atividades econômicas. Isso fez com que mais serviços fossem especializados e passassem a atender uma demanda cada vez mais diversa. Essa situação decorre do fato de que a tecnologia é capaz de transformar o modo como os indivíduos se relacionam e se organizam, ainda que não seja, por si só, responsável por criar ou reduzir postos de trabalho. Diante dessas formas de trabalho diversificadas, necessário se faz flexibilizar questões contratuais, em vistas de atender à demanda social e o momento histórico da sociedade.

Com base nessa perspectiva, o legislador infraconstitucional positivou em 2017 a modalidade do teletrabalho nas normas trabalhistas. Apesar dessa forma de prestação

⁴⁹ Graduando do 9º semestre do curso de Direito

de serviços já existir anteriormente, apenas nesse momento foi devidamente regulamentada. De acordo com a previsão legal, o teletrabalho é a modalidade de prestação de serviços realizada preponderantemente fora do ambiente empresarial. Isso permite que o indivíduo realize suas funções em qualquer local e ainda compareça eventualmente na empresa.

Apesar de possuir todos os requisitos de uma regular relação de emprego, o teletrabalho tem a subordinação fixada por meio de instrumentos telemáticos. A partir de aplicativos, sistemas e ferramentas que se valem da *internet*, o empregador exercita o seu poder diretivo e de fiscalização. Apesar da clara possibilidade de se verificar as atividades que estão sendo desenvolvidas, entendeu o legislador que esse indivíduo não fazia jus ao controle de jornada. Por essa razão, inseriu o teletrabalhador no rol do artigo 62 da Consolidação das Leis Trabalhistas, o qual prevê que os trabalhadores não possuem quaisquer direitos pertinentes à jornada de trabalho.

Por via do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, o estudo pretende verificar se a previsão legal está compatível com o texto constitucional. Isso decorre do fato de que o artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que são direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros, jornada máxima diária de oito horas e semanal de quarenta e quatro, hora noturna com valor superior à diurna e hora extra. Não houve, por parte do poder constituinte originário, a exclusão de nenhum trabalhador. Nesse cenário, questiona-se se caberia ao legislador infraconstitucional fazer de forma taxativa essa limitação de direitos. Apresenta-se como hipótese a interpretação restritiva do artigo 62 da Consolidação das Leis Trabalhistas, de forma a aplicá-lo apenas quando houver total impossibilidade de controle de jornada.

2. GLOBALIZAÇÃO E AS TRANSFORMAÇÕES DO TRABALHO

A Revolução Industrial (séc. XVIII e XIX) abriu espaços para a substituição da manufatura para produção em massa, acarretando, de forma consequente, a transição da vida rural para as grandes cidades. De modo concomitante, o capitalismo ganhou força, aumentando o abismo entre a classe econômica burguesa e o proletariado. Em vistas do próprio sustento e submetido aos interesses de lucratividade e produtividade, esse último submetia-se a condições indignas de trabalho e vida. Nota-se assim que o início das relações de emprego é firmado em um trabalhador à disposição do empregador pelo tempo necessário para garantir a sua subsistência e de sua família, jornadas de trabalho prolongadas e um empresariado despreocupado com a qualidade de vida de seus empregados.

Com esse tipo de proveito em massa dos trabalhadores, a partir de requisições dessa classe, surgem os direitos trabalhistas para regular institutos como a jornada de trabalho, questões de higiene, saúde e descanso. O Estado liberal presente no início da

formação dessa relação jurídica se torna insuficiente, sendo necessário o desenvolvimento de um Estado social capaz de intervir a fim de deixar mais justa a relação entre o trabalhador e o empregador. Nessa mesma toada, o empresariado passa a procurar maneiras mais eficientes de utilizar o tempo de prestação de serviços de um funcionário, já que, em regra, aumentam as leis e, em consequência, as proteções. Logo, surgem formas de trabalho pautadas nos ideais do taylorismo e fordismo (séc. XX), que visam, em essência, trazer eficiência para dentro das indústrias. O assalariado passa a produzir mais em menos tempo, gerando aumento do capital (FERREIRA; CAVALCANTE, p. 69-72).

A partir desse momento, com modelos de produções altamente rentáveis, as indústrias começam a produzir com maior fluidez, fazendo com que as empresas conseguissem suprir não somente seu mercado interno como o externo. Com o fluxo de capital circulando dentre vários países, a globalização fica acentuada, trazendo evoluções em vários ramos, principalmente na parte de comunicação e informática. A era da informação, que ocorre aproximadamente a partir da década 1950, inicia-se com grandes mudanças em vários setores e inaugura uma revolução da informação. Por essa razão, inúmeras alterações puderam ser vistas no mercado de trabalho, como o aumento da força de trabalho feminina, crescimento generalizado do setor de serviços e introdução de novas formas de trabalho (RODRIGUES, 2011, p. 15-19).

As alterações promovidas na vida fática geraram a imprescindibilidade de se adaptar a demanda e a legislação trabalhista, em destaque para essa pesquisa a Consolidação das Leis Trabalhistas. O arcabouço legislativo admite os mais variados tipos de ofícios, com uma demanda histórica de favorecer o trabalhador tendo em vista ser este o lado mais fraco da relação de emprego, que se baseia na subordinação (LEITE, 2019, p. 541). Os vários modelos de trabalhos são remodelações que aconteceram com o tempo para atender a necessidade de uma legislação específica diante das alterações dos setores econômicos e manutenção desses indivíduos na formalidade.

A prestação de atividade formal é o exercício de um ofício de acordo com a previsão do ordenamento jurídico, podendo ser empresas e seus funcionários, profissionais liberais e até mesmo autônomos (FERRARI; NASCIMENTO, 2011, p. 59). Quando se revestem do contrato de emprego, tais pessoas físicas são protegidas pela legislação trabalhista, passando a ter direitos como fundo de garantia por tempo de serviço, recolhimento previdenciário, horas extras e as demais tutelas da legislação. A caracterização da formalidade, por via da formação do contrato de emprego e do registro do trabalhador gera, todavia, um custo significativo para a empresa, fazendo com que muitas optem, em vista do lucro, a manter tais indivíduos na informalidade.

A informalidade, entretanto, representa um prejuízo para o Estado, já que o valor do trabalho não é revertido para a sociedade em forma de impostos e mesmo de números de indivíduos empregados. À vista disso, questiona-se a necessidade de redução de custos

para o empregador e, ao mesmo tempo, adequação a realidade dos trabalhos atuais, onde a tecnologia é uma realidade que trouxe mudanças significativas no modo de fazer as tarefas do cotidiano. Em vistas de ajustar a prestação de serviços ao novo formato do capitalismo, necessário se faz uma adequação da forma como se trabalha. Esse ajuste tem sido encontrado, por exemplo, nas novas leis que visam a diminuição de custo para o empregador e a flexibilização das relações de trabalho, como se pode verificar no trabalho temporário, trabalho intermitente e no trabalho à distância.

O contrato de trabalho temporário se trata de um negócio jurídico entre duas empresas em que uma delas fornece o serviço temporário para a execução no estabelecimento da outra. A empresa que disponibiliza o serviço contrata o empregado a fim deste prestar serviços para a empresa tomadora desses serviços de forma transitória ou para complementar a demanda (LEITE, 2019, p. 295). As mudanças recentes na legislação do temporário demonstram a necessidade de trabalhos de caráter passageiro, rápido e flexível, ainda que essa atividade se insira no objeto central da empresa.

Positivado pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, o trabalho intermitente foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro com intuito semelhante ao trabalho temporário: criar relações empregatícias flexíveis. Trata-se de um contrato de trabalho onde a prestação de serviços não é feita de forma contínua, já que há uma alternância entre períodos de atividade e inatividade, independe de tipo de atividade laboral. Nesse caso, o empregado não fica necessariamente sujeito a somente um contrato de trabalho, podendo exercer esta ou outras modalidades de contrato de trabalho (FERREIRA; CAVALCANTE, 2019, p. 1303). Nesse caso, buscou-se regulamentar os trabalhos realizados esporadicamente, em que o trabalhador, para angariar rendimentos extras, efetuava serviços que não tinham regularidade.

Ainda com o propósito mencionado, o teletrabalho foi também regulamentado pela legislação trabalhista em 2017. O trabalho à distância encaixa-se no rol de atividades externas, que são atividades laborais efetuadas fora dos estabelecimentos empresariais. Desse modo, como se trata de ofício executado longe da supervisão direta dos superiores hierárquicos, esses trabalhadores recebem um tratamento diferenciado pela lei e acabam por ter, por exemplo, um controle flexível quanto a jornada de trabalho. Dentre as possibilidades, estão os trabalhos com horário fixo, por demanda, metas ou outra forma de ajuste entre as partes. Dentre as formas de trabalho a distância, a pesquisa em destaque realizou um recorte temático para tratar do trabalho em domicílio e o teletrabalho.

Como mencionado, existem funções externas que não se adequam ao controle da jornada de trabalho e dentre elas entendeu o legislador que está o trabalho em domicílio, já que o trabalhador labora em sua própria residência. Presumiu-se que por trabalhar fora da supervisão da empresa, não haveria como ter um controle de jornada eficaz. Esse modelo é comum a certas profissões como aquelas que trabalham com costura

e alimentos (DELGADO, 2019, p. 1068). Esse contrato de trabalho, tem como controle de produção à demanda, portanto o empregador define previamente uma quantidade de tarefas a serem realizadas em um determinado período de tempo. Por consequência, de acordo com a produção desse trabalhador, há uma presunção da jornada de trabalho dele, que seria o mesmo controle efetuado em uma fábrica.

Essa presunção de jornada pode ser elidida pelas atuais formas de controle tecnológicos. Isso porque o que antes se presumia como tempo gasto para realização de determinada atividade pode, por via do controle à distância, ser efetivamente controlado. Com a evolução tecnológica aparecem novos meios de comunicação e controle para trabalhos à distância, como em profissões como caminhoneiros, onde há um controle de jornada via *Global Positioning System* (GPS). Ao mesmo tempo que mudam as formas de trabalhar, também mudam as formas de fiscalizar, tornando possível por via de celulares, computadores ou sistemas de ponto controlar o tempo de trabalho eficientemente, mesmo fora da supervisão pessoal e direta dos empregadores.

O teletrabalho, diferente do trabalho em domicílio, não se limita a residência do trabalhador, podendo ser exercido em qualquer lugar, pois, como é cediço, se trata de atividades laborais exercidas em contexto virtual, ou seja, em computadores, *laptop*, celulares e afins (LEITE, 2019, p. 334). O novo trabalho a domicílio e o teletrabalho podem ser baseados no uso de tecnologia da informação, sendo efetuados sem limitações de locais específicos. Ambos são expressos no ordenamento jurídico e de acordo com a previsão do artigo 62, inciso III, da Consolidação das Leis Trabalhistas, não implicam controle de jornada (DELGADO, 2019, p. 1068).

Como exposto, a modernidade capitalista e globalizada acarretou grandes mudanças nas limitações da capacidade do ser humano, principalmente em razão das inovações nos meios de comunicação. Os mais sofisticados mecanismos de interação, como celulares e *internet*, permitiram transcender as barreiras físicas impostas pela natureza e distância. Com a evolução, as mudanças relativas a como se deve exercer as profissões mudaram drasticamente. A informação ao alcance de qualquer tela de celular permitiu que as empresas se tornassem mais exigentes para suprir a demanda e competir com outras, que deixaram de ser locais e passaram a se inserir globalmente.

Diante desse cenário, os empregadores passaram a exigir novas formas de trabalho para se adequarem a uma concorrência em nível mundial, bem como a necessitar de formas de trabalhos mais ágeis, eficientes, eficazes com uma redução de custo para se tornarem competitivos. A mudança de local e regime de trabalho, todavia, geram questionamentos sobre os direitos que eventualmente possam ser suprimidos. É indagado, de forma específica no estudo, se existe uma alteração em todos os aspectos quanto ao controle de jornada de trabalho, que, conforme recente mudança da lei, trouxe o teletrabalho como função incompatível com a fixação de horário. Diante dos possíveis

prejuízos que essa previsão pode vir a acarretar ao trabalhador, necessário se faz verificar a sua compatibilidade com o texto constitucional e se efetivamente o teletrabalhador se enquadra dentre aqueles que tem total impossibilidade de controle de jornada.

3. O TELETRABALHO COM A REFORMA TRABALHISTA E O CONTROLE DE JORNADA

O teletrabalho é um contrato de trabalho moderno e flexível, afinal, o trabalhador pode efetuar suas atividades laborais em qualquer ambiente, bastando apenas um aparelho eletrônico e, na maior parte das vezes, acesso à *internet*. Apesar disso, mesmo com o avanço da tecnologia, concluiu o legislador, conforme previsão da norma do artigo 62, introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017, que esse contrato de trabalho não terá controle de jornada. Tal previsão, conforme se verá na pesquisa, pode gerar abusos com relação ao tempo de trabalho dessa relação de emprego.

O teletrabalho é uma forma versátil de trabalho, podendo ser aplicada em uma vasta dimensão de atividades laborativas. Consiste na possibilidade de efetuar esta função fora do lugar onde encontra-se a empresa. É efetuado de forma telemática, em outras palavras, com o auxílio de telecomunicações para o contato entre empregado e empregador. Conforme conceituação, o empregado no teletrabalho, por ser realizado preponderantemente fora do estabelecimento empresarial, traz vantagens no que diz respeito à economia de tempo de deslocamento até a empresa e flexibilidade quanto ao horário para desenvolvimento das atividades. Essa flexibilidade de horários, contudo, pode causar uma falta de disciplina com o emprego (RODRIGUES, 2011, p. 33,71-73).

Conforme previsão da Lei n. 13.467/2017, que acrescentou na Consolidação das Leis Trabalhistas as normas que versam sobre o teletrabalho, há a necessidade de que essa modalidade seja estabelecida em um contrato individual de trabalho que defina as exatas atividades laborais que serão realizadas. É possível ainda que esse regime de prestação de serviços seja estipulado e depois seja convertido em presencial, bem como que a mudança ocorra entre o regime presencial para o teletrabalho.

Com relação à aquisição de equipamentos e infraestrutura, de acordo com a previsão legal, há a necessidade de instrução do funcionário quanto precauções a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Nesse sentido, por meio de termo de responsabilidade, o empregador se isenta de responsabilidade quanto a uma eventual doença, como a lesão por esforço repetitivo, que venha a ser ocasionada pelo próprio trabalho. No que tange aos equipamentos de trabalho, cabe crítica diante da possibilidade legal de que a responsabilidade quanto aquisição e gastos desses sejam transferidas para o empregado. Isso se dá pela clara contrariedade com a norma do artigo 2º da Consolidação da Leis Trabalhistas, que prevê que a responsabilidade da atividade econômica cabe ao empregador (LEITE, 2019, p. 333-336).

Essa modalidade de trabalho enquadra-se como relação de emprego, já que cumpre todos os requisitos pertinentes a essa. A configuração da relação de emprego é essencial para a regularização dessa relação jurídica, que se documenta por via do contrato de trabalho. Para haver a caracterização da relação empregatícia é necessário que alguns elementos sejam verificados, quais sejam, não eventualidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e que o trabalho seja prestado por uma pessoa física. Segundo a legislação atual, essas características estão previstas nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (DELGADO, 2019, p. 336-339).

A não eventualidade ou habitualidade, significa dizer que o contrato de trabalho deve ser constante, não devendo ser esporádico. Essa característica passa a noção de permanência, de que durante determinado período de tempo o empregado terá atividades laborais inclinadas a serem demandadas por um período de tempo habitual e constante (LEITE, 2019, p. 249). A subordinação, por sua vez, indica que o empregador está diretamente dando ordens para o empregado ou indicando os objetivos empresariais ao empregado que se submete a atendê-los (FERREIRA; CAVALCANTE, 2019, p. 382-383).

A onerosidade salienta que a relação empregatícia é, em sua essência, econômica. Esta característica manifesta-se pelo pagamento feito pelo empregador, ou ao menos a intenção de fazê-lo (DELGADO, 2019, p. 346-347). A pessoalidade demonstra que a relação de emprego tem caráter personalíssimo, ou seja, não é admissível que o empregado se faça substituir por outro durante o contrato de trabalho. Por fim, entende-se que somente é possível empregar o ser humano, não sendo possível que animais ou pessoas jurídicas façam parte de um dos polos dessa relação (FERREIRA; CAVALCANTE, 2019, p. 373).

É importante enfatizar que a relação de emprego não se baseia somente em documentos, mas também em fatos. Isso é evidenciado pelo princípio da primazia da realidade sobre a forma, que preconiza que independentemente do que está declarado no contrato de trabalho, a prática concreta, ou seja, o que é efetivamente realizado durante o percurso do tempo é que é contabilizado para a verificação da relação de emprego. Assim, desde que tenha, em regra, todos os elementos da relação de emprego, mesmo que documentos provem o contrário, a prática concreta dessa relação pode ser caracterizada (DELGADO, 2019, p. 244).

Diante das premissas do teletrabalho, percebe-se que essa modalidade possui todos os elementos constantes da relação de emprego, já que é efetuado de forma pessoal, por pessoa física, o empregado que fica sobre a supervisão do tomador de serviços, recebe remuneração e não pode ser fazer substituir. Existente a relação de emprego, o trabalhador tem garantido os direitos previstos no ordenamento jurídico, tanto na Constituição Federal quanto na Consolidação das Leis Trabalhistas. A relação firmada sob a égide do teletrabalho é claramente subordinada, ainda que o controle ocorra por via remota. Inclusive, de acordo

com a norma do artigo 6º e seu parágrafo único, da Consolidação das Leis Trabalhistas, a subordinação realizada por via dos novos meios de comunicação se equipara a subordinação direta, ou seja, não há diferença quanto a subordinação clássica quando se fala em teletrabalho.

Como os demais trabalhadores, o teletrabalhador faz jus aos direitos pertinentes ao contrato de trabalho e, especificamente discutido nessa pesquisa, aqueles relativos à jornada de trabalho. Em regra, as jornadas de trabalho são controladas, não sendo necessário o controle apenas quando se trata de pequenas empresas com até 20 trabalhadores ou quando a atividade desempenhada pelo trabalhador impede por completo qualquer tipo de controle. Apesar disso, conforme o princípio da primazia da realidade, mesmo que não seja feito o controle dessa jornada, o elemento fático-jurídico ou a concretização dessa jornada de trabalho deverá ser controlada para atender aos demais direitos do trabalhador. Se o trabalhador presta atividades para além do limite constitucional pode haver consequências jurídicas para o empregador que utiliza da lei para abusar da jornada e não paga horas extras ao empregado (DELGADO, 2019, p. 1064-1070).

A previsão constitucional com relação aos limites de tempo da jornada de trabalho não foi prevista, pelo constituinte originário, apenas para alguns trabalhadores. Conforme nota-se no *caput* do artigo 7º e o inciso XIII da Constituição, todos os trabalhadores, urbanos e rurais, fazem jus a uma jornada de trabalho plausível. Isso decorre da necessidade de que o trabalho esteja intimamente relacionado com a garantia de outros direitos, como o descanso, lazer e convivência familiar e comunitária. Assim, questiona-se a constitucionalidade da previsão do artigo 62, inciso III da Consolidação das Leis do trabalho, já que ele prevê que teletrabalhadores não possuem controle de jornada e consequentemente os direitos pertinentes a essa. Em havendo possibilidade de que, por meios telemáticos, a fiscalização seja feita de forma eficaz, torna-se inaplicável e abusa a previsão legislativa.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DA AUSÊNCIA DE CONTROLE NO TELETRABALHO E O DIREITO À DESCONEXÃO

A desnecessidade de controlar a jornada de trabalho em empresas pequenas e em algumas funções não indica a possibilidade de que o trabalhador labore para além dos limites constitucionais. Isso indica que ainda assim há a necessidade de limitar a jornada, já que a norma constitucional se refere à proteção da saúde do trabalhador. Nesse viés, a pesquisa questiona a constitucionalidade da previsão legal referente ao teletrabalho que o exclui das jornadas controladas. Conforme acréscimo da Lei 13.467/2017 no artigo 62, inciso III, na Consolidação das Leis do Trabalho os empregados que estão em regime de teletrabalho estão excluídos do regime de limitação de duração de jornada de trabalho.

A análise da norma indica que o legislador entende que o trabalhador à distância não tem possibilidade de ter sua jornada de trabalho controlada. Ocorre que, caso seja possível o controle de jornada, essa disposição legal não deve ser aplicada (LEITE, 2019, p. 848-849). Nesse sentido, o enunciado número 17 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (Brasília-DF, novembro/2007), consolida o entendimento que o artigo 62 da Consolidação das Leis Trabalhistas é inconstitucional, já que fere a proteção da jornada de trabalho prevista no artigo 7º, incisos XIII e XV, da Constituição Federal.

É assertivo dizer que “o principal objetivo dos dispositivos legais foi afastar o direito às horas extras, sob a premissa de que a atividade ocorre fora das vistas do empregador” (SILVA, 2019, p. 73-74). Ocorre que essa previsão gera inúmeras consequências, como a supressão do adicional noturno e intervalo intrajornada, direitos estes previsto no artigo 7ª da Constituição Federal. Para esses trabalhadores, no que diz respeito à jornada, seria garantido apenas descanso semanal remunerado.

A inconstitucionalidade pode ser vista não apenas sob a ótica do inciso III do artigo 62, mas sim de todo dispositivo. Isso porque os empregados gestores são os que de fato mais realizam horas extras devido ao acúmulo de funções. A não razoabilidade do inciso existe porque fere outros diversos institutos, como o direito a desconexão do trabalho e do direito ao lazer. Logo, baseado na premissa do direito da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III, junto ao artigo 7º, incisos XIII e XVI todos da Constituição Federal, nota-se que as exceções do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho em seu todo continuam inconstitucionais (MEDEIROS, 2019, p. 110-111).

Vale destacar que é possível mensurar o tempo gasto para o teletrabalho já que o empregador detém o conhecimento do negócio e, de modo semelhante ao trabalho manual, pode ser feito o controle da jornada por unidade de produção. Nesse viés, somente algumas exceções não se encaixariam nesse modelo, como atividades que incluam criatividade e produção artística. Por esta razão é que os artigos 62, III e 75-A da Consolidação das Leis Trabalhistas merecem uma interpretação restritiva, ou seja, somente utilizar quando a jornada não pode ser controlada de forma efetiva por unidade de produção, fiscalização direta ou por meios eletrônicos (SILVA, 2019, 74-75).

Uma sugestão para alteração do dispositivo seria a modificação no corpo do artigo 62, inciso III, CLT para estabelecer que se considerariam excluídos da proteção da jornada de trabalho somente quando certificado que não existe nenhuma forma de controle de jornada do teletrabalhador. Assim, somente se enquadrariam nesse dispositivo os teletrabalhadores que a empresa confirmasse a impossibilidade de controle de jornada perante a órgão reguladores do trabalho. Nesse caso, a exceção passaria ser a regra (MELO, 2017).

É clara a inconstitucionalidade do artigo 62 da legislação trabalhista porque a norma acaba por desrespeitar direitos fundamentais a pessoa humana. O direito de jornada se trata de uma conquista histórica do trabalhador porque se relaciona diretamente com outros direitos, como o descanso, lazer e convivência familiar e comunitária. Diante desse cenário o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 428 que assegura que, em caso de ofensa à desconexão do trabalho e o direito ao lazer, o pagamento de horas de sobreaviso se faz necessário (LEITE, 2019, p. 334).

O direito à desconexão relaciona-se diretamente com a jornada de trabalho e o seu controle, pois apregoa que o trabalhador tem direito de se desconectar da sua atividade profissional. Devido a evolução tecnológica, essa desconexão é facilmente prejudicada, pois com apenas uma mensagem em uma rede social ou de um aplicativo de mensagens via telefone celular, já se consegue a comunicação direta com o trabalhador. Tal fato pode gerar uma expectativa no empregado da necessidade de estar à disposição do empregador.

A Constituição Federal tem garantias de forma a separar o trabalho do lazer. Esses direitos são interrupções necessárias para o reestabelecimento do ânimo, para a recuperação biológica e fisiológica da pessoa e inclusive para estar com disposição para voltar as atividades laborativas. As garantias elencadas são, dentre outras, a duração da jornada, repouso semanal, horas extras, as férias. A proteção constitucional foi construída a partir de um contexto histórico para garantir o não retrocesso das garantias trabalhistas, ou seja, ela entende a indispensabilidade de garantir para o empregado o tempo desvinculado ao trabalho para aproveitar o momento de lazer sem ter que estar preocupado com a função.

Como reforça Dutra e Villatore (2014, p. 146-147), a desconexão do trabalho deveria ser um direito positivado, seria uma garantia assegurada principalmente aos teletrabalhadores pela peculiaridade da modalidade. Isso porque a tecnologia atual permite a conexão *online* durante todo o dia, possibilitando que os trabalhadores possam ser requisitados a qualquer tempo como se estivessem o tempo todo a disposição do empregador. Logo, acaba por causar uma tensão ao trabalhador, que encontrar-se-á sempre atento, resultando em uma disposição ao empregador em tempo integral prejudicando o seu tempo de lazer e possivelmente até sua saúde.

No contrato de trabalho o trabalhador vende o seu tempo, já que como assalariado vende suas energias, tanto a mental, muscular, física e psíquica, por um tempo determinado. Por consequência, percebe que uma jornada de trabalho onde o empregado está disposto ao empregador em integral se assemelha a uma condição análoga à escravidão. Isso decorre do fato da formação de uma inquietação permanente de perder o emprego. Para alguns isso pode até mesmo representar temor com relação à própria vida, já que o trabalho garante a subsistência (AMADO, 2018, p. 255-256). Em vista disso, a

decisão do indivíduo de desligar o celular pode representar também um desligamento da empresa. Esse temor de ocorrer eventualmente uma rescisão contratual ou de perder uma progressão na carreira por falta de atenção ao trabalho fora do horário laboral causa o esgotamento do trabalhador.

Assim sendo, para um equilíbrio na relação de emprego, tanto o empregado quanto o empregador devem saber os limites desse vínculo e quais são os direitos e deveres das partes para não haver o desgaste da relação (DUTRA; VILLATORE, 2014, p. 148). Por isso existem separações da vida profissional para a vida cotidiana, e é de suma importância o respeito do espaço privado do indivíduo para respeitar a sua dignidade enquanto humano. A abusividade da relação pode resultar em consequências como um possível assédio moral.

Como ressaltado, a situação de conexão em tempo integral permitida por todos os aparatos tecnológicos atuais e principalmente pelos aparelhos celulares pode configurar um excesso de cobranças constantes ao trabalhador. Sempre com o caráter de urgência, perguntas frequentes, relatórios complexos em prazos curtos sem adiamentos, disto pode resultar em um assédio moral (AMADO, 2018, p. 264-265). Visto que o abuso de metas e até mesmo a negação de folgas pode caracterizar a prática de assédio moral pelo empregador.

Dessa forma, é claro que a não desvinculação do emprego, ou seja, a carência do direito a desconexão ao trabalho pode causar ao empregado, que pelo ponto de vista do assédio moral é a vítima, tensões e desequilíbrios emocionais. Posto isto, o prejuízo emocional, podendo ser intencional ou não, pode gerar responsabilização do empregador. Em sendo o teletrabalho uma modalidade com mais propensão a essa cobrança excessiva, a ausência de controle de jornada impacta diretamente no direito à desconexão.

5. CONCLUSÃO

A relação do emprego é composta por duas partes em situação assimétrica. Isso justifica a necessária intromissão do Estado nessa relação jurídica em vistas de produzir normas tendentes a reduzir abusos. É perceptível que com a pressão dos trabalhadores no século XX, as empresas se readaptaram e conseguiram evoluir os métodos de prestação de serviços, por consequência, sem a devida limitação do legislador a esse vínculo empregatício, é possível se verificar malefícios ao trabalhador.

A modernidade contribuiu para a introdução de novas modalidades de trabalhos, sendo necessárias adaptações da legislação. Assim surgiu o teletrabalho, e como a regularização era imprescindível para tirar da informalidade uma modalidade do trabalho que está em alta no mundo, o legislador infraconstitucional o introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho. Porém, se esperava do legislador uma defesa assídua ao trabalhador

desta modalidade, visto que o princípio da proteção entoa a necessidade de proteger a parte mais fraca dessa relação.

Com o advento da reforma trabalhista de 2017 e a regularização do teletrabalho, notou-se um descompasso da atuação legislativa com o princípio mencionado bem como com a Constituição Federal. É possível identificar tal situação quando colocou essa modalidade no capítulo da duração da jornada de trabalho como uma exceção, isto é, previu que não existe a necessidade de efetuar controle de jornada na modalidade de teletrabalho.

Há clara afronta do artigo a respeito da jornada de trabalho em face da Constituição Federal, o que permite a discussão da inconstitucionalidade do dispositivo. Tendo em vista que o limite de tempo da jornada de trabalho é garantido a todos os trabalhadores, fraca é a suposição do legislador acerca da impossibilidade de um controle nesse caso. O mero fato de o indivíduo estar fora do alcance da supervisão direta do empregador não é justificativa plausível para a exclusão desse direito, principalmente em considerando todas as tecnologias atuais.

A abusividade no uso desse dispositivo, com a imposição, por exemplo, de metas excessivas, pode acarretar ofensa à desconexão ao trabalho. Ademais, é possível que se fira o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos constitucionais como a jornada limitada de trabalho, horas extras e adicional noturno. Em vistas de uma solução para o impasse, a pesquisa concluiu pela necessidade de uma interpretação restritiva do artigo 62, inciso III, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Dessa forma, o trabalhador só seria submetido a exclusão do controle da jornada de trabalho quando nenhuma das formas clássicas, como por meta, unidade de produção, e as atuais como câmera e softwares pudesse efetivamente ser utilizada. Dessa forma, caberia a empresa a comprovação da necessidade da aplicação do inciso ao contrato de trabalho do teletrabalhador.

6. REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. **Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional** - Work time and life time: on the right to professional disconnection. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 52, p. 255-268, jan/jun. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/141951>. Acesso em 20 de julho de 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DUTRA, Silvia Regina Bandeira; VILLATORE, Marco Antônio César. **Teletrabalho e o direito à desconexão**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba,

PR, v. 3, n. 33, p. 142-149, set. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/93957>. Acesso em 20 de julho de 2020.

FERREIRA, Jorge Neto Francisco; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRARI, Irary; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. **O artigo 62 da CLT continua inconstitucional**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 75, fev 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/152250>. Acesso em 20 de julho de 2020.

MELO, Geraldo Magela; **O teletrabalho na nova CLT – 2017**. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em 20 de julho de 2020.

RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. **Teletrabalho: A tecnologia transformando as relações de trabalho**. 2011. 142 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Departamento do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NO CARÁTER DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

ALEXANDRE DE SOUZA ARAÚJO:

Advogado, assessor jurídico da Petrobras S/A, especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA.

Resumo: O texto trata do caráter dirigente da constituição federativa brasileira, percorrendo fundamentação teórica que dá suporte a esse atributo, problematizando a questão da eficiência desse dirigismo no tocante a direitos sociais fundamentais. Contextualiza-se esse dirigismo e suas vicissitudes ante a *liquidez* dos tempos atuais e à luz do influxo neoliberalizante. Por fim, busca-se entender como o terceiro setor se situa nesse contexto, analisando criticamente qual papel nele exerce e qual deveria exercer em ordem a se acoplar ao dirigismo constitucional.

Abstract: This article aims to depict how and why Brazilian constitution must impose programmatic goals and tasks towards the transformation of reality on social and fundamental rights. It tries to show how efficient is this endeavour in confrontation with neoliberal thinking. In the end, it is shown the third sector interaction with that constitutional paradigm, analysing its role and goals.

Keywords: Constitutionalism. Neoliberalism. Fundamental rights. Third Sector. Third way Effectiveness of Brazilian constitution of 1988.

Sumário: 1.O problema do dirigismo constitucional eficiente. 2. Dirigismo e terceiro setor na atualidade- uma visão crítica. 3.Conclusão.

1.O problema do dirigismo constitucional eficiente .

Um problema que permanece atual e digno de observação refere-se ao dirigismo constitucional. Não há dúvidas quanto ao caráter *dirigente* da Constituição brasileira (vide arts. 1º, 3º e art. 170 da Constituição Federal Brasileira) . Ao enfeixar inúmeros princípios e normas relativos à ordem econômica e social, põe-se então a questão de como concretizar os direitos erigidos a partir dessa direção normativa.

Na atualidade, questiona-se de que forma o Estado pode instrumentalizar a declarada força normativa. Discute-se um suposto esvaziamento dessa força normativa.

Em paralelo, há outro fenômeno: o fortalecimento do terceiro setor, como alternativa de governança. O presente artigo pretende se ater ao papel no terceiro setor e em sua relação com o dirigismo constitucional.

É preciso, de logo, observar que a Constituição não constitui nada por si só, segundo o ensinamento de Häberle (HARBELE, 1997), no contexto de sua teoria cognominada "sociedade aberta da constituição". A constituição se funda, pois, na memória do passado, abrindo-se para o presente e tendo como horizonte as promessas do porvir.

O parâmetro atual de constitucionalidade transpõe os limites do que se convencionou chamar "Law in the books", passando a problematizar a concretização dos direitos traçados nos escritos normativos. Seria o "Law in the action" em contraposição às meras vontades político-partidárias, a *Lex mercatória* e outros padrões setoriais.

Não se deixa de reconhecer que esse dirigismo se mostra por vezes insuficiente. Contudo, mais do que uma observação do presente, o dirigismo se mostra necessário na medida em que a constituição tem como finalidade inerente a construção de uma sociedade solidária, livre e justa.

Sem uma força normativa conducente à concretização de direitos fundamentais, a leitura constitucional se resume a uma novela excessivamente analítica nos dizeres de Giovanni Sartori (SARTORI, 1996). É o que postula o paradigma de Dworkin (DWORKIN, 1984, P. 153), quando afirma que os direitos fundamentais são o trunfo com maior potencial libertário e transformador.

Lowenstein (LOWEINSTEIN, 1976), de seu turno, aponta para as consequências de um abismo entre texto e realidade. Para ele tal descompasso gera alijamento da comunidade. O sentido constitucional, que também foi adotado no Brasil, é de que deve haver uma interpretação aberta plural, através da qual a sociedade se compreenda na constituição. É irrefragável que essa perspectiva abre veredas para o reconhecimento do protagonismo do terceiro setor na persecução de valores constitucionalmente garantidos.

O que se observa do referido dirigismo - em diálogo com a teoria de Häberle - é que existe uma pretensão de eficácia diretiva, ainda que haja o reconhecimento de seus limites fáticos. Essa busca pela concretização normativa se afirmaria sobre vontade do poder. É importante pontuar que Hesse veio a concordar com Lassale num ponto: deve haver a necessária compatibilidade da regra fundamental com a natureza do presente.

Extraí-se do contexto *histórico-teórico* que haveria uma *vontade da constituição*. Ela que se desdobraria no seguinte: 1) Necessidade /valor de uma norma superior contra

o arbítrio; 2) Constante processo de legitimação; 3) Eficácia SÓ com concurso da vontade humana.

A par dos referidos caracteres, haveria a necessidade de internalizar o valor de efetividade ao texto constitucional. Para tanto, Lowenstein usa a eficaz metáfora da roupa. É preciso “vestir a roupa constitucional”, o que também se convencionou chamar *sentimento constitucional*.

Dessa linha, se cunhou a seguinte classificação: 1) constituição normativa, que seria aquela em simbiose com a comunidade; 2) constituição semântica, a qual apenas formalizaria poder arbitrário e autoritário e 3) constituição nominal, sendo aquela que, por muito avançada, não é *de facto* praticada.

Segundo entendimento majoritário, a constituição brasileira se encaixaria nessa ideia de *constituição nominal*, daí porque remanesce a problemática de concretização das normas lá previstas. Especialmente permanece a questão de *como* realmente converter a extração da norma constitucional em *políticas públicas*.

Para Miguel Calmon Dantas (DANTAS, 2009) a constituição brasileira é deveras tardia. Questionamos se realmente seria tardia a constituição ou o chamado “direito pressuposto”. (GRAU, 2000) O *direito pressuposto*, como conjunto de princípios gerais de cada Direito, é construído historicamente em cada sociedade e compondo cada sistema.

Dirley Cunha (CUNHA JÚNIOR, 2004) afirma que haveria duas dimensões em relação a esse dever jurídico: 1) *subjetiva*, consistente numa pretensão jurídica em face do Estado e 2) *objetiva*, consistente num dever que pauta a própria atuação estado. Conquanto estes fundamentos sejam amplamente aceitos, o que se observa no presente é na verdade uma perdida ideia do porvir. Ou seja, perde-se o alcance e a confiança de que há a luz no fim do túnel, a ser atingido mediante a direção dada pela constituição.

Bauman (BAUMAN, 2007a) fez a leitura de que a base para todas as escolhas se tornou líquida. Formas fluidas, múltiplas identidades, derretimento de parâmetros que se expandem para todos os microcosmos. Isto é espelhado na preferência pelo trabalho especializado e instituições fragmentadas. Nesse contexto que o terceiro setor passa a ser parte relevante da questão normativa constitucional.

Como se verá adiante, questionada a amplitude e importância do Estado, atrai-se para o campo constitucional a análise do papel do terceiro setor. Esse momento se identifica com a reforma do Estado proposta por Bresser Pereira no início da década de 90 (BRESSER PEREIRA, 1995).

2. Dirigismo constitucional no contexto atual.

O fato é que o dirigismo constitucional sofreu pressão. Era de se esperar que esse paradigma visse suas bases enfraquecidas, na medida em que o projeto de direção constitucional se fundou intensamente na atividade estatal.

No livro *fruta proibida*, Juan Ramon Capella (CAPELLA, 2006) defende que o poder viveria um deslocamento da *esfera estatal* – dos estados países – para um *Soberano Privado difuso*, em que um grupo não centralizado, não formalmente estabelecido, centralizaria o poder, controlando politicamente os estados devedores através do seu poder econômico. Em paralelo, o tempo mostraria instantâneo – vide internet – e a globalização praticamente abole as distâncias, permitindo que essa esfera de poder se consolide.

Piketty (PIKETTY, 2014) observa que a Europa está pesadamente endividada e empobrecida, enquanto os ricos desses mesmos países são seus credores, obtendo crescente fortuna e capilarizando seu poder político. Ventila Capella (2006) que estaríamos vivenciando uma Terceira revolução industrial por intermédio de fenômenos como: 1) - *outsourcing*, que seria a prática, pelas grandes corporações, de turismo laboral para regiões onde as condições de mão de obra são mais favoráveis ao negócio; 2) a *financeirização da economia*, fazendo migrar o investimento de atividades produtivas para ativos financeiros; 3) intensa *computação-robotização* e 4) *imaterialidade de produtos*, sendo esta a valorização da produtividade criativa, da elaboração de marcas acompanhada de terceirização das linhas de produção.

Nesse contexto, haveria uma *mundialização da pobreza*, que teria alçado o neoliberalismo à condição desoladora única, com todo seu pacto de austeridade, especialmente no tocante à restrição da máquina administrativa estatal. Nas relações de trabalho vigeria o regime “salve-se quem puder”, conduzido pelo sentido de liquidez.

Haveria o surgimento de *movimentos temáticos fragmentados*. Neste ponto, observa-se que o terceiro setor é guindado a ator central do atual quadro político social. Torna-se comum ONGs de abrangência internacional, atuando em diferentes frentes espalhadas no globo, problematizando especificamente questões relativas ao seu objeto e, por vezes, sendo acusadas de serem veículos sub-reptícios de interferência estatal externa. Por tal motivo, há certa percepção de que ele integra a construção de um *modelo de governança* mais voltado para austeridade neoliberal.

Sua atuação estaria intimamente ligada à *construção privada de políticas públicas* com estímulo e chancela do Estado, mais se aproximando da lógica privada, da Lex mercatória. Ou seja, apareceria num contexto de *desoficialização de políticas públicas*, de “derecho deprimido” no vocábulo de Capella.

Não se quer dizer que o terceiro setor já não tivesse atuação relevante, mas cumpre situar que muito de seu atual protagonismo vem da crescente função que lhe é atribuída: a de materializar preceitos dirigidos constitucionalmente.

Nesse ambiente globalizado, há uma preferência pelo *direito contratual procedimental*, assim como pelo *direito de engenharia financeira*. Essas balizas guardam interação com o intuito de implantar a austeridade financeira, guindando essa prática à condição de valor primordial. Não só isso, expressa a crença num automático ganho de efetividade com a promoção de direitos através de relações negociais com o terceiro setor. Toma-se isto como premissa para a finalidade primordial, que seria *otimização de performance na implementação de políticas*.

A transformação se completa num controle *de fora para dentro do Estado*, o qual operaria das seguintes formas: 1) austeridade de cunho liberal passa a influenciar a oferta e operacionalização das políticas públicas; 2) regras internacionais e de propriedade imaterial passam a limitar e balizar as políticas internas; 3) normalização técnica (internacional) passa a ter eficácia prescritiva em grau equivalente ao direito interno; 4) há acordo de repartição de mercados, influenciando a atuação do terceiro setor no passo em que se considera mais eficiente, atribuindo atividades antes exclusivamente estatais; 5) entende-se que sistemas auto reguláveis – como no caso da cibernética – são mais eficazes.

Observa-se um forte movimento no sentido de negar a política à exemplo do que ocorreu na última eleição americana e que vem ocorrendo no Brasil. Há aguda crítica de Morin (MORIN, 1997) a essa despolitização, sob o entendimento de que a constituição é uma Carta política, por isso tem um sentido inerente de *escolha política*.

A negação da política passaria a negação de que há escolhas quanto ao que vai ser praticado pelo Estado. Essa negação importaria em negar as próprias escolhas das políticas públicas e, em seguida, negá-las elas próprias. Por fim, se estaria negando o próprio *contrato social* insito à relação Estado - sociedade.

Feito esse preâmbulo teórico, cabe afunilar o estudo em torno do protagonismo do terceiro setor, especialmente daquela parcela ligada às empresas, ou seja, vinculada à lógica e organização mercantil.

3. Dirigismo e terceiro setor na atualidade- uma visão crítica.

Hodiernamente, ao se debruçar sobre as políticas públicas e à governança pública, tem-se o *terceiro setor* como um dos principais atores. Há toda uma teorização em redor do papel exercido por essa classe de atores. Do que se falou na primeira parte deste texto, já se observa que esse protagonismo envereda por vieses distintos.

Esboça-se que o “terceiro setor” funcionaria como alternativa a uma constatação apriorística de que o Estado não detém todos meios para concretizar direitos e princípios previstos na constitucional. Há idéias contra hegemônicas à realidade neoliberal que, nos dizeres de Maria Paoli (SANTOS et alli, 2002), traçam “*possibilidades para criação de espaço filantrópico organizado por empresários nacionais e multinacionais, como ação civil voluntária referenciada a uma nova percepção de responsabilidade social diante das múltiplas carências da imensa e ampliada população pobre do país*”.

Hannah Arendt (ARENDR, 1998) identifica que esse tipo de ação se fundaria num *sentido público* para um mundo comum, mais do que na simples virtuosidade dessas instituições e das pessoas a elas ligadas. Este sentido público surgiria de noções mais fortalecidas de cidadania e direitos, criando uma “esfera de todos” apartada de decisões particularistas. A isto, Emir Sader deu o nome “esfera pública”.

Surgiria a idéia emergente de uma “sociedade civil” com novos compromissos partilhados entre cidadãos, governo e organizações. Este seria o contexto e inserção da empresa. É interessante a explanação de Paoli, já que muito do protagonismo do terceiro setor é explicado como um “artefato neoliberalizante” no sentido da *auto desresponsabilização estatal*.

A grande virtude de o terceiro setor ocupar esse espaço, antes estatal, seria a resolução de problemas baseada na generalização de competências civis descentralizadas. Ou seja, significaria a busca de soluções através do ativismo civil voluntario em localidades específicas. Neste ponto de partida, já se antevê fortes críticas. Primeiramente, já se põe em questão o *problema de escala*. Num país como o Brasil, com um passivo de problemas sociais de dimensão continental e de acúmulo histórico, é muito difícil acreditar que a *soma descoordenada* de esforços locais é capaz de demonstrar transformações reais.

Há quem diga que esse ativismo social não passaria de “Wishfulthinking”, por se tratar duma ideia dissociada de nossa tradição cultural. A crítica parte da compreensão que nosso *contexto sócio-político* difere em alto grau dos antecedentes de outros países como EUA e Grã Bretanha, onde se formulou uma teoria do terceiro setor.

De fato, no Brasil, é historicamente problemática a proposição de *modelos* estrangeiros sem a crítica e adaptação necessárias. Em nosso ordenamento e nos modelos de gestão é cediço identificar a deturpação de modelos bem sucedidos alhures, os quais- aqui-tendemaio insucesso debitado a uma suposta má aplicação.

Não se ouviu falar, por exemplo, que Reagan seriamente tenha proposto a *privatização* integral do ensino fundamental e médio nos EUA. No Brasil, a educação é um

direito de extração constitucional, mas apenas engatinha para uma eficácia ampla qualitativa.

Bresser acaba por elaborar uma *adaptação da teoria* de Giddens em face da ausência de identidade entre países, quando conceitua a ação do terceiro setor da seguinte forma: ação solidária privada para “execução de serviços sociais” ou “compromisso com igualdade social possível”. Observa-se que reforma de BresserPereira acabou, focando na diminuição dos custos máquina estatal, daí inclusive ter sido apelidada de “desmantelamento do estado”.

Para se entender, então, a participação do terceiro setor no dirigismo constitucional é preciso dividir alguns aspectos de sua evolução no Brasil. As chamadas *ações sociais responsáveis*, quando eficientes, são muitas vezes propostas pelos programas de solidariedade social empresarial, o que aponta para tensões e ambivalências, já que a finalidade primária das empresas apoiadoras não é necessariamente garantir direitos fundamentais.

Em contrapartida, a evolução do terceiro setor desvela a aproximação da velha filantropia, por vezes puramente prestacional, à noção de cidadania, de interação “solidária”. Essa “consciência de cidadania” significaria uma maior *responsabilidade sobre a base social da vida pública*. É oportuno observar que as ações de *terceiro setor*, apoiadas por empresas ensejam certa adaptação às formas do lucro empresarial, provocando um emparelhamento com discurso neoliberal de iniciativa individual, eficiência privada e burocratismo estatal.

Será que essa lógica seria suficiente para abarcar todo bloco de constitucionalidade que se pretende ver dirigindo as relações sociais? Como conciliar a feição conciliatória da constituição a esse predomínio de paradigma? O mínimo existencial direito à saúde com a necessidade de ordenar custos e garantir excedente?

A desigualdade precedente no Brasil cria a tendência ao *Apartheid social*, o que Paoli chama de “dessocialização da economia”, sem possibilidade de participação efetiva de todos os setores da coletividade. Essa abordagem é interessante porque *pari passu* a esta proposta de “Privatização da esfera pública” tomou corpo, desde a década de 90 do século XX, a publicização dos interesses privados no sentido de ressignificar todo e qualquer direito à luz da Constituição.

Esse protagonismo do terceiro setor, como explica Paoli (SANTOS et alli, 2002), estaria baseado na “Criatividade social dos atingidos” e na “cultura do altruísmo” apoiada no modelo de gestão empresarial. Essa aceção não fica imune à desconfiança quanto à capacidade de tais atingidos encontrarem “soluções”, assim como há dúvidas se as pessoas e, sobretudo as empresas, tendem realmente a essa cultura do altruísmo.

De fato, há uma *aparente contradição* em assumir que o terceiro setor será capaz de fomentar uma cultura do altruísmo e, no mesmo tempo, concretizar políticas públicas com eficiência “empresarial”, utilizando padrões individualistas. A ideia talvez é que o *modo* fosse “empresarial”, no sentido de ser eficiente e o *fim* fosse o benefício da coletividade ao invés do lucro. Contudo, essa explicação também não parece ultrapassar a ambiguidade.

Há talvez um aspecto que explique melhor o *protagonismo* do terceiro setor, que é a capacidade de atrair investimentos privados sob a contrapartida de transferência de uma *imagem institucional positiva*. Talvez seja este o ponto de toque, ao se levar em conta que a maioria das entidades bem sucedidas foi criada por empresas. Exemplo disso é a Fundação Odebrecht.

O fundamento base seria a *vantagem* de um *capitalismo civilizado*. Este capitalismo repaginado teria uma especial instrumentalidade para controle do espaço mercantil e social, através de signos valorativos da ética da doação. Um exemplo desse fenômeno seria a chegada de uma multinacional para competir no mercado interno. Seu apoio ao terceiro setor removeria objeções e limites à entrada competitiva. Igualmente proporcionaria serviços sociais voltados a direitos constitucionais.

Outro ponto seria a agregação de valor à marca. O valor agregado em razão do estímulo ao terceiro setor se revestiria em verdadeiros *produtos paralelos* para acionistas e consumidores. Isso se evidencia a partir da observação de que as empresas apoiadoras costumam alocar esses custos no seu orçamento de marketing (sob a rubrica “Marketing social”) quando não institui fundação própria.

Muito embora o *investimento privado* seja a maior das promessas ao desenvolvimento do terceiro setor, há ainda o argumento de que a *lógica da eficiência privada* criaria uma “tecnologia da cidadania”. Paoli (SANTOS et alli, 2002) relata esse aspecto. O terceiro setor progressivamente se coordena, tendo já formulado indicadores para ganho e *acreditação de qualidade*⁵⁰. A ideia subjacente é que um terceiro setor altamente especializado poderia gerar maiores ganhos de eficiência, que sendo mais flexível que o Estado em termos de gestão, poderia alcançar melhores resultados até mesmo no tocante a bens e direitos primariamente atribuídos ao ente estatal. A vantagem comparativa haveria de ser esta.

A mera descentralização de atividades estatais, as deslocando para o terceiro setor, por si só não apresenta ganho de resultados. Exatamente por isso, a criação dos *contratos de gestão para serviços públicos*² chegou a ser duramente criticada no Brasil,

oportunidade em que se apontou que sua serventia única seria diminuir controles sobre dinheiro público transferido a Organizações Sociais e OSCIPs ³.

Esta crítica resta reforçada quando as tais “tecnologias de gestão empresarial”, que seriam o trunfo do terceiro setor, não se mostram garantidoras da acreditação conferida. Paoli reporta o caso do selo “Abrinq”, que na prática não se mostrou suficiente a garantir o compromisso contra a escravidão infantil. Neste ponto avulta o imediatismo empresarial que demonstra certa limitação do terceiro setor na concretização de interesses públicos de extração constitucional, quando encampados em parceria com a Administração pública.

Na participação do terceiro setor, em muitos casos faltaria uma exigibilidade mais densa. Não há uma obrigação legal de constituir uma ONG para tratar de determinada demanda de saúde constitucionalmente garantida. No caso do Estado, dele é exigível inclusive pela via judicial determinado tratamento necessário. Não se quer aqui discutir a *judicialização* dos direitos, que merece estudo próprio, mas é de se perguntar até que ponto o protagonismo do setor terceiro lhe transfere essa exigibilidade típica ao Estado.

É preciso ter em conta que o *Espaço público* no qual se baseia a atividade das ONGs e afins só se forma quando socialmente desiguais se encontram como atores equivalentes, ainda que assimétricos, para reflexões, deliberações e debates.

Uma excessiva submissão da lógica de gestão privada rompe com a correlação necessidade–direito pode afastar o cidadão participativo. De outro lado, se a participação do terceiro setor funcionar como catalisador dessa participação projeta-se resultados relevantes. Necessariamente o que será interessante a uma empresa apoiar não será o que determinada parcela da coletividade precisa. Eventualmente não haverá interesse na criação de ONGs especializadas em atividades de cujas parcerias o Estado é carente. No âmbito privado não é possível deixar de contemplar a liberdade de associação e atividade.

É importante, ademais, que o conceito de “Sociedade civil” não se confunda com a *forma* de ONGs, como vem acontecendo. Isto reduz por demais o conceito de sociedade civil, haja vista que não necessariamente as ONGs contam com ampla legitimidade. Em alguns casos, pelo contrário, podem ser instrumentalizadas para políticas excludentes, quando não utilizada para fins desviantes. (2002).

A projeção excessiva do terceiro setor, como resposta à ineficiência das políticas estatais, tende a restringir alternativas para concretização dos direitos fundamentais objetivados. Esse tipo de projeção enfraquece a discussão politizadora que aproxime as pessoas (voluntários) das ações governamentais e das políticas públicas (*dispowerment*).

Em certa medida afasta importante parcela da *esfera pública*, desmobilizando contingente participativo que poderia contribuir para o próprio terceiro setor.

Não se pode esperar que a ação empresarial se modifique, de um dia para o outro, em relação ao Estado. Continuará a laborar no aspecto do lobby de interesses financeiros e econômicos, e isso necessariamente não é daninho, diga-se de passagem. Tampouco parece proveitoso mitigar a importância do Estado na formulação de políticas, exacerbando o argumento da eficiência privada. A não ser que o discurso de *terceira via* apenas se preste a reforçar a austeridade pouco reflexiva.

Decerto que as políticas públicas praticadas pelo terceiro setor são criticadas com menos virulência, na medida em que são entendidas como liberalidades, mesmo quando feitas em parceria com Estado. Em contrapartida, nos últimos anos, observou-se em relação às políticas públicas estatais uma avaliação muito mais rígida - muitas vezes exagerada - no tocante à sua pertinência, eficiência, economicidade. Temos como exemplo programas sociais como "Bolsa família", "Minha casa minha vida", dentre outros.

Aparentemente, isto já revela adesão um tanto exagerada a valores empresariais numa seara regida por inúmeros outros princípios de igual ou maior relevância. Esse entendimento acaba se transpondo para a esfera pública de forma um tanto desajeitada.

Conforme a metáfora de Lowenstein, é como se a "roupa não caísse bem", não se adequasse à feição da escolha política constitucional.

3. Conclusão

Por fim, respondendo os questionamentos acima tracejados, temos que o dirigismo pode e deve se concretizar por intermédio do terceiro setor. Trata-se de uma realidade alvissareira que, apesar das desconfianças e ambiguidades, atinge em boa parte o quanto vaticinado por Giddens. Quando se diz parcialmente é porque seu papel não pode ser outro senão o de *complementar a atuação estatal*. A forma como vem sendo concebida a atuação do terceiro setor parece conduzir ao falso entendimento de que ele "É" a solução para os problemas contemporâneos do Estado. É a leitura que fazemos à luz dos acontecimentos históricos que antecedem e rodeiam essa atuação.

A atuação do terceiro setor haveria de ser conciliatória com a atuação do Estado para se adequar ao *sentimento constitucional* da carta federal de 88 e lhe dar máxima efetividade. O dirigismo é preceito fundamental da constituição brasileira e a escolha deve ser garantida sem sofrer "by-passes". Nesse sentido, é preciso entender que para dar cabo da missão constitucional, o protagonismo do terceiro setor deve estar auto limitado pelo signo da *complementariedade*.

Não só enquanto captador de apoio privado, mas também como entidade parceira do Estado, deve o terceiro setor acompanhar a *publicização do direito privado*, na mesma proporção em que enfeixa o *modus operandi* empresarial. Ainda que se valha de técnicas empresariais voltadas à maior eficiência, não pode perder de vista o significado constitucional-público que é sua razão de existir. É justamente essa notação que lhe confere natureza jurídica distinta. *Repita-se que a grande virtude de o terceiro setor ocupar esse espaço, antes privativamente estatal, seria a busca de soluções através do ativismo civil voluntário em localidades específicas, o que se mantém ativo com o signo da complementariedade.* Com tudo isso, não se quer dizer que o papel atual do Estado não mereça reflexões. Todavia, esse é outro assunto a merecer novos debates.

REFERÊNCIAS:

ARENDR, Hannah. O que é politizar ? Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007a.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. (1995) *A Reforma do Aparelho do Estado e a Constituição de 1988*. Revista del Clad. *Reforma y Democracia*. n. 4, 1995. Texto para discussão no ENAP n. 1, Brasília, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPELLA, Juan-Ramon. *Fruta Prohibida: Uma aproximación histórico-teórica AL estudio Del derecho e del estado*. Fernández Ciudad: Trotta, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós modernidade*. Saraiva, 2009.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*; tradução de Ephraim Ferreira Alvez, Jaime A. Clasen, Lúcia M.E. Orth. – 4.ed. – Petrópolis, RJ: Vozes 2012.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In Waldron, Jeremy: *Theories of rights*. Oxford. Oxford University, 1984, p. 153-167.

GIDDENS, Anthony. *The Third Way*. Londres: Polity Press, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3º Ed. , São Paulo : Malheiros, 2000.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Editor, 1991.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOEWEINSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. Ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MORIN, Edgar; NAÏR, Samir. *Uma Política da Civilização*. Lisboa: Piaget, 1997.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI*/Thomas Piketty; tradução Monica Baumgarten de Bolle.- I Ed.-Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*; tradução de Menelich Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SADER, Emir; Gentili, Pablo. *Pós Neoliberalismo*. 6. Ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA FORMA OMISSIVA

KATIA REGINA MENDES DA SILVA:
Graduada pela Universidade Candido
Mendes e Pós Graduada em direito
privado pela Candido Mendes

RESUMO: O presente artigo trata da responsabilidade civil do Estado diante de danos decorrentes de suas omissões. Há uma imensa discussão acerca do tema e através de pesquisas na doutrina e jurisprudência, o objetivo será apresentar o assunto de forma técnica e com Justiça.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil do Estado. Condutas Omissivas. Omissão genérica. Omissão específica.

ABSTRACT: This article deals with the civil liability of the State in the face of damages resulting from its omissions. There is an immense discussion on the subject and through research in doctrine and jurisprudence, the objective will be to present the subject in a technical and fair way.

Key Words: State Civil Liability. Omissive Conducts. Generic omission. Specific omission.

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade Civil. – 2.1. Evolução Histórica – 2.1.1. Teoria da Irresponsabilidade – 2.1.2. Teoria da Responsabilidade Subjetiva - 2.1.3 Teoria da Responsabilidade Objetiva – 3. Responsabilidade Civil do Estado 3.1 Responsabilidade Civil na forma omissiva – 4. Conclusão. 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil admite a reparação dos danos que decorrem das condutas comissivas ou omissivas.

Vale ressaltar que será demonstrado definições clássicas de responsabilidade civil.

Sendo assim, esse debate possui relevância jurídica e social, visto que se trata de um assunto em que há uma divergência quanto à definição desta matéria.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é a necessidade de recomposição de danos que consiste no dever de indenizar, ou seja, reparar, o dano provocado a outrem. Surge em face do descumprimento obrigacional ou por deixar de observar um preceito normativo que regula a vida.

Neste sentido, fala-se em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também chamada de responsabilidade civil aquiliana.

Para a doutrina clássica os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente podendo ser comissiva ou omissiva, a culpa em sentido amplo, nexo de causalidade e o dano.

Dessa maneira, é fundamental uma breve análise da evolução histórica para compreender as linhas gerais.

2.1. Evolução Histórica

2.1.1. Teoria da Irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade está consubstanciada na ideia de que o Estado não poderia ser responsabilizado pelos danos de suas condutas (comissiva ou omissiva).

Nesse contexto, revela-se que tal teoria remonta ao modelo de Estado absolutista, pois havia a ideia de que o soberano não cometia erros, e, portanto, não poderia ser responsabilizado civilmente.

Atualmente, é uma teoria inadequada nos dias de hoje, sobretudo em razão do Estado Democrático de Direito, portanto, trata-se de teoria que foi superada.

2.1.2. Teoria da Responsabilidade Subjetiva

Há uma evolução e com isso existe a apresentação de limites à atuação estatal, e inicia-se a doutrina civilista da culpa.

Ocorre que era necessário distinguir dois atos: atos de império e atos de gestão. Os atos de império seriam os atos coercitivos, decorrentes do poder soberano do Estado. Já, os atos de gestão estão correlacionados com a atuação do Estado em condições de igualdade ao particular. Assim, o Estado só seria responsabilizado em decorrência do ato de gestão, após a comprovação da culpa do agente.

Dessa maneira, nota-se, que não havia facilidade na distinção entre atos de império e atos de gestão, logo era um avanço ainda insuficiente no sentido de responsabilização.

2.1.3. Teoria da Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade objetiva independe da culpa do agente, ou seja, não é fundamentada na culpa, e sim na teoria do risco, porque a administração será

responsabilizada por danos que decorram do risco da atividade que ela exerce, por isso teoria do risco.

É a regra geral da atuação do estado. Ainda há uma polêmica sobre a omissão do estado que será visto adiante.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No Brasil a Constituição Federal no seu artigo 37§6º consagra como regra a responsabilidade objetiva do Estado:

“§6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

Veja-se, portanto, que a teoria adotada no artigo citado é a teoria do risco administrativo. A responsabilidade objetiva independe da culpa do agente, porque a administração será responsabilizada por danos que decorram do risco da atividade que ela exerce.

Vale ressaltar que a teoria do risco administrativo reconhece a existência de excludentes ao dever de indenizar, quais sejam: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, força maior e caso fortuito.

A doutrina diferencia as hipóteses de fortuito interno e externo:

- Fortuito interno: abrange riscos e fatos inerentes a própria atividade.
- Fortuito externo: abrange fatos que não tem correlação com a atividade, por exemplo, fato de terceiro. Nessa hipótese há exclusão donexo causal.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA FORMA OMISSIVA

Após essa breve análise, cinge-se a controvérsia em avaliar a responsabilidade civil na hipótese em que o Estado não age como deveria agir.

Segundo conceito doutrinário de José dos Santos Carvalho Filho:

“Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. **Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal;**

se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.”

Importante destacar com fulcro na jurisprudência no Supremo Tribunal Federal que a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão também é objetiva, conforme:

“No tocante ao art. 37, § 6º, da Carta Magna, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria encontra-se firmado no sentido de que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente por suas ações ou omissões em face de reparação de danos materiais suportados por terceiros. STF. 1ª Turma. ARE 1043232 AgR, Rel. Alexandre de Moraes, julgado em 01/09/2017.”.

Todavia, cabe à apreciação sobre as omissões na sua forma genérica e específica.

Na omissão genérica compete à Administração avaliar a oportunidade para adoção de providências positivas, ou seja, não há um dever concreto específico de atuação, tão somente um dever genérico.

Na omissão específica o Estado está na qualidade de agente garantidor e se omite, portanto, um dever concreto, um fato diante do qual o Estado na obrigação de agir, deixou de agir.

Nesse contexto, para fins de responsabilização por omissão é necessária a exigência que o dano provocado por terceiro deve ter estreita relação com a omissão estatal, sem interrupção do nexo causal, consideradas as várias circunstâncias concorrendo para o resultado:

“Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido varios meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no paragrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexos de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexos de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexos de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o paragrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 130.764, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 7/8/1992).”

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o tema:

“EMENTA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOA CONDENADA CRIMINALMENTE,

FORAGIDA DO SISTEMA PRISIONAL. DANO CAUSADO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA FUGA E A CONDUTA DANOSA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva, exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 2. **A jurisprudência desta CORTE, inclusive, entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente de omissão, seja das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.** 3. **Entretanto, o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias como o caso fortuito e a força maior ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.** 4. A fuga de presidiário e o cometimento de crime, sem qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal - em especial, como já citado, por ausência do nexo causal. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Tema 362, fixada a seguinte tese de repercussão geral: **“Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada.** (RE 608880, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão:

ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020)"

Recentemente, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado responderia por danos desde que houvesse demonstração de omissão específica, conforme julgado:

“Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder

público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. 5. Recurso extraordinário desprovido. (RE 136861, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-011 DIVULG 21-01-2021 PUBLIC 22-01-2021)”

Dessa maneira, portanto, é imprescindível a análise do nexo de causalidade, como também da natureza jurídica da suposta omissão, se específica ou genérica para fins de apreciação da responsabilidade civil no caso concreto.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo foi baseado no estudo da responsabilidade civil na sua forma omissiva através da apresentação do entendimento jurisprudencial, como também doutrinário.

Vale ressaltar que a conclusão são opiniões baseadas nos estudos através de uma pesquisa da teoria apresentada.

Ao começo foi estudado a responsabilidade civil em si através de seus aspectos, conceitos e evolução histórica para que seja feita uma análise da base da teoria da responsabilidade.

O ponto central do estudo foi a responsabilidade civil do Estado em decorrência de suas omissões.

Dessa maneira, a responsabilização deve ser avaliada minuciosamente a partir do nexo causal no caso concreto para que seja realizada uma decisão justa.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: senado, 1988.

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2007.

Mazza, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva.

BRASIL, STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO**. ARE 1043232 RS. 0003081-02.2005.8.21.0137, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Data de Julgamento:

01/09/2017, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 13/09/2017. Acesso em 13 de fev. 2022.

BRASIL, STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. RE 130764. PR. Relator: MIN. MOREIRA ALVES. Data de Julgamento: 12/05/1992, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 07/08/1992. Acesso em 13 de fev. 2022.

BRASIL, STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. RE 608880. MT. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 08/09/2020, Tribunal Pleno. Data de Publicação: 01/10/2020. Acesso em 13 de fev. 2022.

BRASIL, STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. RE 136861. SP. Relator: Ministro EDSON FACHIN. Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 11/03/2020, Tribunal Pleno Data de Publicação: 22/01/2021. Acesso em 13 de fev. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Em regra, o Estado não tem responsabilidade civil por atos praticados por presos foragidos; exceção: quando demonstrado nexos causal direto.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0e16366727185813f59d4a9467878901>>. Acesso em: 13/02/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Para que o Município seja responsável por acidente em loja de fogos de artifício, é necessário comprovar que ele violou dever jurídico específico de agir (concedeu licença sem as cautelas legais ou tinha conhecimento de irregularidades que estavam sendo praticadas pelo particular).** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1109f8734e117143a570a8bf9f8c47b2>>. Acesso em: 13/02/2022.

REQUISITOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DECORRENTES DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

MARCELA VIEIRA MARCONI:

Mestranda em Direito Comercial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, ingresso em 2021), Especialista em Direito Societário (INSPER-SP, 2021) Especialista em Arbitragem (PUC-SP, 2020), Advogada associada do BVZ Advogados da área de contencioso, arbitragem e insolvências.

Resumo: O presente artigo fará um apanhado das alterações promovidas no artigo 50 do Código Civil, que dispõe sobre a desconsideração da personalidade jurídica, em razão da Lei nº 13.874/19 (“Lei da Liberdade Econômica”), indicando as lacunas que eram vislumbradas na redação anterior, e quais avanços poderão ser alcançados, ou não, a partir de tais alterações, levando em conta a interpretação sistemática e as dificuldades anteriormente encontradas pela jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Lei da Liberdade Econômica. Pessoa Jurídica. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Artigo 50 do Código Civil.

Sumário: 1. Introdução. 2. Propósitos gerais da Lei da Liberdade Econômica e sua relação com a Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. Alterações no *caput* do artigo 50 do Código Civil. 4. Inserção do §1º do artigo 50 do Código Civil. 5. Inserção do §2º do artigo 50 do Código Civil. 6. Inserção do §3º do artigo 50 do Código Civil. 7. Inserção do §4º do artigo 50 do Código Civil. 8. Inserção do §5º do artigo 50 do Código Civil. 9. Considerações Finais. 10. Referências.

1. Introdução.

A despeito das discussões doutrinárias quanto à sua natureza, fato é que as pessoas jurídicas devidamente constituídas adquirem personalidade jurídica própria e, assim, se tornam titulares de direitos e obrigações, de forma separada e independente de seus integrantes. Por conseguinte, em regra, a pessoa jurídica responde com o seu próprio patrimônio pelas dívidas que constituir, resguardando-se o patrimônio de seus sócios, conforme preceitua o chamado princípio da autonomia patrimonial.⁵¹

⁵¹ Em regra, os sócios não devem responder, com seu patrimônio pessoal, pelas dívidas da sociedade. Esta, por ser pessoa jurídica a quem o ordenamento jurídico confere existência própria, possui, em consequência,

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica surge, portanto, como uma exceção ao princípio da autonomia, de modo que, frente a determinadas condições, será desconsiderada a separação entre a pessoa jurídica e seus sócios, de modo que o patrimônio ambos responderão pelas dívidas da pessoa jurídica.

Este instituto teve origem na Inglaterra, em 1929, quando foi previsto na seção 279 do *Companies Act*, com aplicabilidade restrita às hipóteses de liquidação de sociedades. Conforme a referida previsão, se restasse comprovado que a liquidação da sociedade se deu com objetivo de fraudar credores ou terceiros, a Corte, a pedidos, poderia determinar o alcance ilimitado ao patrimônio dos sócios que estivessem envolvidos na fraude.

O precedente mais relevante que deu origem a essa previsão foi o do caso *Salomon V. Salomon Co.*, em 1897, no qual se discutiu a possibilidade de ser alcançado o patrimônio dos sócios da companhia *Aron Salomon Ltda.*, que teria sido constituída e liquidada com fim de fraudar seus credores.

A análise do referido caso partiu da premissa de que a constituição da sociedade importa a existência de um "véu da corporação" ("*corporate veil*"), o qual poderia, em situações excepcionais, ser levantado ("*lift of the corporate veil*").

A partir de então, o instituto foi desenvolvido pela jurisprudência e pela legislação anglo-saxônicas e passou a ser adotado pelas cortes norte-americanas e inglesas, que mencionam o "*lifting of the corporate veil*", "*piercing of the corporate veil*", ou "*disregard of the Legal Entity*", como sinônimos, quando há atuação fraudulenta dos sócios na condução da sociedade, com prejuízo a terceiros, de modo a possibilitar o alcance de seus patrimônios pessoais.

No Brasil, a desconsideração da personalidade jurídica foi mencionada pela primeira vez em 1969, por Rubens Requião em uma conferência chamada "Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica", na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. O doutrinador defendeu a tese de que os efeitos da personalização deveriam ser relativos, de modo que, se a pessoa jurídica fosse utilizada com fraude ou abuso de direito, seria admissível desconsiderar a sua autonomia patrimonial.⁵²

A ideia foi desenvolvida, em seguida, por Lamartine Corrêa de Oliveira, um dos principais juristas relacionados à temática. O autor defende que a realidade deve prevalecer sobre a aparência da personalidade jurídica, sempre quando a pessoa jurídica for utilizada

responsabilidade patrimonial própria. Trata-se do chamado princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. (SANTA CRUZ, André. DIREITO EMPRESARIAL: volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: 2019, p. 358).

⁵² REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, dez./1969, vol. 410, p. 15.

de forma desviada de seu objetivo, para servir de escudo aos seus sócios, em prejuízo a terceiros. 53

Até 1990, não havia, no Brasil, um dispositivo legal a esse respeito, de modo que a desconsideração da personalidade jurídica se desenvolveu como um desdobramento do conceito de abuso de direito. Naquele ano, o panorama foi alterado pelo advento do Código do Consumidor, cujo artigo 28 permitiu a desconsideração da personalidade jurídica, em relações consumeristas, sempre que houvesse estado de insolvência da pessoa jurídica, de modo que o consumidor encontre dificuldades para solver o seu crédito.⁵⁴

Em 2002, a redação originária do artigo 50 do Código Civil⁵⁵ esclareceu que essa amplitude não deveria atingir as relações civis, nas quais, para que houvesse a desconsideração da personalidade jurídica, deveria ser constatado abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo seu desvio de finalidade ou confusão patrimonial com os sócios.

O que se verifica, de qualquer forma, é que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não se opõe ao princípio da autonomia patrimonial, mas sim busca garantir o devido cumprimento da autonomia da pessoa jurídica de forma geral, posto que impede que esta seja utilizada de forma desvirtuada, como instrumento para prática de atos em prejuízo a terceiros.

Em outras palavras, a desconsideração da personalidade jurídica, ao estabelecer a possibilidade de ser excepcionada a autonomia patrimonial, se destina a impedir que a pessoa jurídica seja utilizada de maneira disfuncional, como escudo de proteção de seus sócios contra credores. Não se trata de uma despersonificação ou despersonalização da

53 "Os problemas ditos de desconsideração envolvem frequentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado – repudiados os normativismos, os ficcionismos, os nominalismos – que essa pergunta tem sentido. Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com o predomínio da realidade sobre a aparência" (OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva. 1979, p. 613)

54 CDC, "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

55 CC, "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica." (redação original).

pessoa jurídica, de forma definitiva, mas sim de um afastamento dos efeitos da autonomia patrimonial, frente a certos requisitos, de maneira específica e em uma relação jurídica pré-determinada.

A jurisprudência nacional, todavia, encontrou dificuldades para definir as situações que autorizariam a desconsideração da personalidade jurídica nas relações civis, ensejando interpretações diversas e decisões díspares para situações equivalentes. Com intuito de sanar tais circunstância e prover maior segurança jurídica, a Medida Provisória nº 881 de 2019 (“MP 881”) trouxe alterações na redação do artigo 50 do Código Civil, cujo estudo se pretende no presente artigo.

2. Propósitos gerais da Lei da Liberdade Econômica e sua relação com a Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Em sua exposição de motivos, a MP 881, posteriormente convertida na Lei nº 13.874/19 (“Lei da Liberdade Econômica”), esclarece os seus objetivos principais de instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecer garantias de livre mercado, bem como proporcionar maior segurança jurídica a partir da edição de determinados dispositivos legais.⁵⁶

A referida exposição também aponta o momento de crise econômica em que o país se encontra, e destaca ter sido cientificamente possível concluir que a liberdade econômica e a proteção ao patrimônio individual são fatores necessários e preponderantes para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país, bem como para o bem-estar de sua população.⁵⁷

56 “Excelentíssimo Senhor Presidente da República, 1. Submetemos à apreciação de Vossa Excelência, proposta de Medida Provisória que visa instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecer garantias de livre mercado, conforme determina o art. 170 da Constituição Federal. (...)”

14. Nas Disposições Finais, esta proposta tomou uma série de edições com o intuito de, em caráter emergencial, proporcionar um estado de maior segurança jurídica no País.

15. A mais prestigiada e segura conceituação dos requisitos de desconsideração da personalidade jurídica, conforme amplo estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e em alinhamento com pareceres da Receita Federal, é anotada em parágrafos no art. 50 do Código Civil, de maneira a garantir que aqueles empreendedores que não possuem condições muitas vezes de litigar até as instâncias superiores possam também estar protegidos contra decisões que não reflitam o mais consolidado entendimento.” (Exm-MP-881-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf. Acesso em 09.09.2021, às 22h50.)

57 “Após a análise de dezenas de estudos empíricos, todos devidamente especificados nas Notas Técnicas, incluindo os dedicados à América Latina, conclui-se que a liberdade econômica é cientificamente um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país. Mais do que isso,

Assim, como princípios norteadores da referida lei, seu artigo 2º elenca: (i) a liberdade como garantia no exercício de atividades econômica; (ii) a presunção de boa-fé do particular perante o poder público; (iii) o caráter excepcional da intervenção do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e (iv) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.⁵⁸

Seguindo essas diretrizes, dentre outras edições, a Lei da Liberdade Econômica, por meio de seu artigo 7º, alterou a redação do artigo 50 do Código Civil, de modo a aprofundar as questões relacionadas à desconsideração da personalidade jurídica nas relações civis, buscando conferir maior transparência, exatidão e simetria na aplicação do instituto.

A nova redação, como analisar-se-á a seguir, privilegiou a proteção ao patrimônio individual e a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, ao restringir e especificar as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, bem como limitar a responsabilidade dos sócios ao seu efetivo benefício na desconformidade de direcionamento da pessoa jurídica.

O que se buscou como consequência final, em consonância com o objetivo geral das disposições da Lei da Liberdade Econômica, foi limitar as intervenções estatais e uniformizar o entendimento jurisprudencial quanto à extensão da autonomia patrimonial, de modo a garantir maior segurança jurídica às relações de mercado que, dessa forma, tendem a se tornar mais livres e atrativas a investidores.

3. Alterações no *caput* do artigo 50 do Código Civil.

O *caput* do artigo 50 do Código Civil, em momento anterior à reforma promovida pela Lei da Liberdade Econômica, determinava que os bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica poderiam ser alcançados, por determinação

é uma medida efetiva, apoiada no mandato popular desta gestão, para sairmos da grave crise em que o País se encontra. (...)

Um estudo específico, que reanalisou o histórico de várias pesquisas empíricas realizadas desde a década de 80, reconfirmou a conclusão científica de que a liberdade econômica, e especialmente proteção à propriedade privada, é mais determinante para o bem-estar da população do que, por exemplo, as características regionais e demográficas de um país.” (Exm-MP-881-19. Op. Cit).

58 “Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

- I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
- II - a boa-fé do particular perante o poder público;
- III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e
- IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.”

judicial, para a satisfação de obrigações desta, "*em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*".

A simplicidade da referida disposição, que não detém maiores esclarecimentos quanto ao nexo causal que originaria a responsabilização dos sócios, quanto à extensão do alcance do patrimônio pessoal, ou quanto aos conceitos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, deu margem a interpretações distintas e, por conseguinte, a aplicações diversificadas do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela jurisprudência.

O artigo 7º da Lei da Liberdade Econômica, para além de inserir parágrafos ao referido artigo 50, no intuito de melhor definir os conceitos e hipóteses de desvio de finalidade e confusão patrimonial, também alterou a redação de seu *caput*, ao inserir neste a expressão "*beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso*", para caracterizar os sócios ou administradores que poderão ter seus patrimônios alcançados pela desconsideração:

CC, Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

Por meio desta alteração, a desconsideração da personalidade jurídica foi expressamente condicionada à existência (i) de um efetivo benefício, direto ou indireto, auferido pelos seus sócios ou administradores, e (ii) de um nexo causal entre o abuso da personalidade jurídica, causado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, e tal benefício.

Positivou-se, assim, o entendimento já existente do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica é restrito às hipóteses de abuso em que houver benefício aos seus sócios ou administradores, e de que somente devem ser alcançados os patrimônios das pessoas físicas que efetivamente auferirem tal benefício (de forma direta ou indireta).⁵⁹

59 "(...) mesmo nas situações em que se verifique o preenchimento desses requisitos legais [do art. 50, do CC], os efeitos da desconsideração deve[m] alcançar apenas aqueles sócios ou diretores que efetivamente participaram ou se beneficiaram com o ato ilícito ou abusivo. Isso porque a teoria da desconsideração da personalidade não é instituto que impõe a solidariedade do sócio em relação à sociedade, tampouco o responsabiliza de forma objetiva por atos ilícitos." (REsp n. 1.325.663/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 11.06.2013, DJe de 24.06.2013) (g.m.).

Apesar de não haver limitação expressa, fortaleceu-se, também, o entendimento de que o alcance do patrimônio dos sócios ou administradores se limita ao benefício auferido, sendo incabível a extensão ao seu patrimônio como um todo. Assim demonstram trechos do recente acórdão do Agravo de Instrumento nº 2078990-10.2019.8.26.0000, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, do Tribunal de Justiça de São Paulo.⁶⁰

A título de exemplo do avanço conquistado nesse sentido, um sócio detentor de participação societária reduzida, que não tenha concorrido para o uso indevido da personalidade jurídica da sociedade que integra, mas que tenha auferidos benefícios indiretos mínimos inerentes ao aumento de seus dividendos, não correrá o risco de ter todo o seu patrimônio alcançado por dívidas de grande monta da sociedade.

A alteração do *caput* do artigo do Código Civil, portanto, apesar de advir da simples inclusão da expressão "*beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso*", configura a positivação e o fortalecimento de posicionamentos jurisprudenciais restritivos já existentes, cuja aplicação correta e uniforme terá extrema relevância para garantir maior segurança às relações de mercado.

4. Inserção do §1º do artigo 50 do Código Civil.

A inserção do parágrafo primeiro no artigo 50 do Código Civil se deu sob o intuito de esclarecer o conceito do desvio de finalidade, apto a configurar o abuso da personalidade jurídica. Nos termos do referido dispositivo, "*desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza*":

"CC, Art. 50 § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza."

Se, mesmo nas relações cíveis, já houve precedentes de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para casos de simples insuficiência de recursos

"[A] desconsideração não é regra de responsabilidade civil, não depende de prova da culpa, deve ser reconhecida nos autos da execução, individual ou coletiva, e, por fim, atinge aqueles indivíduos que foram efetivamente beneficiados com o abuso da personalidade jurídica, sejam eles sócios ou meramente administradores. [...] A desconsideração exige benefício daquele que será chamado a responder." (REsp n. 1.036.398/RS, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Data de Julgamento: 16.12.2008) (g.m.).

⁶⁰ "O atrelamento da desconsideração da personalidade jurídica ao benefício experimentado em decorrência da confusão patrimonial e/ou do desvio de finalidade corrobora a tese de que a responsabilização, nessa hipótese, está limitada ao benefício, direto ou indireto, comprovadamente experimentado pelo sócio ou administrador a quem se dirige o pedido de desconsideração." (TJ-SP - AI: 2078990-10.2019.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Julgamento: 10/09/2019,) (g.m.).

frente a credores, ou encerramento irregular de pessoas jurídicas, espera-se que a definição do conceito de desvio de finalidade oriente a jurisprudência a consolidar-se em sentido inverso.

Conforme aduz o referido parágrafo, a desconsideração da personalidade jurídica sob a alegação de abuso decorrente de desvio de finalidade somente poderá ocorrer quando a pessoa jurídica for utilizada indevidamente, de forma desvirtuada de suas funções sociais, como instrumento para viabilizar a prática de atos ilícitos, ou com o propósito de lesar credores.

Apesar de ter sido alterada a redação inicialmente pretendida para o dispositivo, segundo a qual o desvio de finalidade seria "*a utilização dolosa da pessoa jurídica (...)*", a manutenção da expressão "*com o propósito*" ainda deixa evidente que a caracterização do desvio de finalidade depende de ato intencional dos sócios ou administradores da pessoa jurídica, para lhe direcionar indevidamente.

A inclusão do referido parágrafo primeiro também representou a positivação de um entendimento já existente do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de o desvio de finalidade da pessoa jurídica se configurar apenas quando houver ação dolosa de seus sócios ou administradores, com intuito de lesar credores ou terceiros.⁶¹

A aplicação desse entendimento, agora positivado, é de suma importância, para que o desvio de finalidade deixe de ser utilizado em decisões judiciais como fundamento genérico a permitir o afastamento da autonomia patrimonial da personalidade jurídica, que deve ser compreendido como medida excepcional.

No recente acórdão do Agravo de Instrumento nº 2255086-74.2019.8.26.0000, proferido pela 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, verifica-se a sua adequada aplicação, posto que foi indeferida a desconsideração da personalidade jurídica pleiteada por suposto desvio de finalidade, ante à inexistência de dolo dos acionistas da sociedade. No caso, ainda, foi destacado que o ônus de provar a existência de dolo das pessoas físicas cujo patrimônio se pretende alcançar é da parte autora, que pleiteia a concessão de tal medida.⁶²

61 "O encerramento das atividades da sociedade ou sua dissolução, ainda que irregulares, não são causas, por si sós, para a desconsideração da personalidade jurídica a que se refere o art. 50 do CC. Para a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade social - adotada pelo CC -, exige-se o dolo das pessoas naturais que estão por trás da sociedade, desvirtuando-lhe os fins institucionais e servindo-se os sócios ou administradores desta para lesar credores ou terceiros." (3 STJ, Informativo nº 0554, Período: 25 de fevereiro de 2015.) (g.m.).

62 Trecho da ementa: "Inatividade ou eventual encerramento irregular das atividades, sem o prévio procedimento de liquidação e de baixa na Junta Comercial, ou a não localização de bens penhoráveis em seu nome, não são causas suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica – Dolo dos acionistas não

5. Inserção do §2º do artigo 50 do Código Civil.

Em paralelo ao parágrafo primeiro, o parágrafo segundo foi inserido ao artigo 50 do Código Civil com o objetivo de conceituar a confusão patrimonial capaz de configurar abuso de personalidade jurídica, a ensejar a sua desconsideração. Segundo aduz o dispositivo, a confusão patrimonial se caracteriza pela "*ausência de separação de fato entre os patrimônios*" da pessoa jurídica e das pessoas físicas que a integram.

Os incisos I e II do dispositivo completam a previsão, elencando duas situações em que essa ausência de separação patrimonial seria verificada, quais sejam, o "*cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa*", e a "*transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante*".

A exclusão de transferência de ativos ou passivos de valores proporcionalmente insignificantes possui um caráter restritivo muito relevante, uma vez que tais transferências, bastante comuns, por não serem capazes de reduzir a pessoa jurídica à insolvência, também não poderão servir de argumento único capaz de ensejar o excepcional alcance ao patrimônio de seus sócios ou administradores.

Apesar de as situações dos incisos I e II parecerem suficientemente definidas, o inciso III do referido dispositivo as complementou com a afirmação genérica de que também configurarão a confusão patrimonial "*outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial*":

CC, Art. 50 § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

demonstrado – Meras suposições desacompanhadas de evidências – Precedentes do STJ e deste E. Tribunal – RATIFICAÇÃO DA DECISÃO – Hipótese em que a interlocutória avaliou corretamente os elementos fáticos e jurídicos apresentados pela parte, dando ao incidente o justo deslinde necessário – Aplicação do art. 252, do RITJSP – Decisão mantida – RECURSO NÃO PROVIDO." (g.m.)

Trecho do inteiro teor: "As demais alegações trazidas nas razões recursais, na verdade, podem ser entendidas como reiteração daquelas matérias de direito e/ou de fato arguidas no incidente e já resolvidas. Em verdade, a agravante não apresentou indícios suficientes para desconsiderar a personalidade jurídica da devedora, baseando seu pleito em presunções, sem provar que houve dolo dos acionistas." (TJ-SP - AI: 2255086-74.2019.8.26.0000, Relator: Spencer Almeida Ferreira, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 27/02/2020) (g.m.)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Dessa forma, o rol dos incisos do parágrafo segundo assumiu um caráter meramente exemplificativo, que pouco restringe a liberdade interpretativa da jurisprudência.

Por óbvio, a inserção do parágrafo segundo conferiu algum suporte conceitual à definição de confusão patrimonial, em avanço ao panorama anterior, onde este conceito era absolutamente indefinido. Todavia, a redação do inciso III deixa aberta a possibilidade de os magistrados utilizarem a sua liberdade criativa para reconhecerem as mais diversas situações de suposta confusão patrimonial, de modo que a segurança jurídica pretendida pela Lei da Liberdade Econômica, nesse ponto, provavelmente não será alcançada.

Não obstante, as disposições dos incisos I e II têm sido devida e beneficentemente aplicadas pela jurisprudência, como demonstra o acórdão do Agravo de Instrumento nº 2240254-36.2019.8.26.0000, da 19^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso, além de ter sido corretamente analisada a questão da insignificância de valores, também foi aplicada a restrição de alcance somente aos patrimônios dos sócios e administradores beneficiados, em acertada interpretação analógica ao parágrafo primeiro do mesmo artigo 50.⁶³

63 "Por sua vez, a confusão patrimonial vem tipificada no artigo § 2º do referido dispositivo [art. 50], como sendo a ausência de separação dos bens, configurada, no inciso II, pela transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante, exatamente a conduta verificada nos autos. O agravante alega que a inadimplência desde 2013 decorre da absoluta falta de recurso, sendo que, em 2017, por falta de pagamento dos aluguéis, foi decretado o despejo. Além disso, a pessoa jurídica não apresenta balanço patrimonial desde 2013. Entretanto, em 2016, ou seja, muito tempo após o vencimento da dívida em discussão, quando a executada sequer apresentava balanço patrimonial, ela repassou ao sócio, ora agravante, o valor de R\$ 51.000,00 a título de pró-labore (fl. 281), fato não impugnado nas razões recursais. Dessa forma, restou nítida a confusão patrimonial com o repasse de valores quando o agravante alega que a pessoa jurídica não estava atuando por falta de recursos, pois desde 2013 não mais apresentava balanço patrimonial. Ainda que fosse considerado que em 2016 o valor repassado pela pessoa jurídica seria para a subsistência do sócio, vez que o recebimento de sua aposentadoria se iniciou em 19/01/2017 (fl. 392), ainda assim o recebimento de valores em 2017 e 2018, quando a empresa alega não possuir recursos desde 2013, evidencia a transferência irregular de valores ao sócio. Diante desse cenário, ficou caracterizada a fraude decorrente do desvio de bens da executada diretamente para seu sócio que continua a receber nos anos seguintes, 2017 e 2018, o valor de R\$ 15.600,00 (fl. 285) e de R\$ 12.000,00 (fl. 291), respectivamente. Assim, a declaração do sócio de que recebeu valores quando a pessoa jurídica aparentava estar inativa, demonstra o nexos causal entre a conduta fraudulenta e seu favorecimento, liame necessário para a responsabilização do agravante. Nessa direção, é possível a desconsideração da

6. Inserção do §3º do artigo 50 do Código Civil.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 133, parágrafos primeiro e segundo, possui previsões expressas que instrumentalizam a chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica, mediante a qual o patrimônio da pessoa jurídica pode ser alcançado para cumprir as obrigações de seus sócios ou administradores, em situações de abuso da personalidade jurídica.⁶⁴

Antes mesmo da referida previsão processual, a desconsideração inversa da personalidade jurídica já era um instrumento bastante utilizado, de forma consolidada pela jurisprudência, sob a análise dos mesmos requisitos necessários para a desconsideração “direta” ou “comum”.⁶⁵

Nesse diapasão, a inclusão do parágrafo terceiro no artigo 50 do Código Civil apenas positivou o entendimento jurisprudencial pacífico, no sentido de autorizar a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo que as dívidas dos sócios podem alcançar os patrimônios de suas sociedades, se houver desvio de finalidade dessas ou confusão patrimonial entre ambos:

“CC, Art. 50. § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.”

personalidade jurídica no caso concreto, pois há nítida confusão entre o patrimônio dos envolvidos, ensejando a responsabilização do sócio que se beneficiou do abuso” (TJSP- AI: 2240254-36.2019.8.26.0000; Relatora: Daniela Menegatti Milano; 19ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 17.2.2020) (g.m.).

⁶⁴ CPC, Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

⁶⁵ Vd. 1. “Presentes os elementos de convicção dos pressupostos do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 50 do Código Civil de 2002, é aplicável a despersonalização da pessoa jurídica inversa para alcançar os bens sociais ou particulares dos administradores ou sócios que a integram” (TJ-SP - AI: 990100749242 SP, Relator: Norival Oliva, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 10/08/2010) 2. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO, EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. A desconsideração inversa da personalidade jurídica, medida excepcional que é, tem cabimento quando o sócio administrador atuar com abuso, caracterizado pelo desvio da finalidade, ou pela confusão patrimonial. Inteligência do art. 50 do Código Civil. Caso em que demonstrada a ocorrência dos requisitos legais previstos, a possibilitar a inclusão das empresas administradas pelos devedores, no pólo passivo da lide executiva. RECURSO PROVIDO. (TJRS- AI Nº 70052162468, 16ª Câmara Cível, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Data de Julgamento: 21/12/2012)

Positivou-se, portanto, mais uma forma de impedir que as pessoas físicas se utilizem das pessoas jurídicas de maneira indevida, como instrumento de blindagem ao seu patrimônio pessoal, visando inadimplir suas próprias obrigações, em benefício próprio e em prejuízo a credores e terceiros.

A título de exemplo, um sócio que transmitir todo seu patrimônio pessoal para a pessoa jurídica da qual faz parte, com objetivo de não ser atingido pelo seu credor, de quem tomou crédito na pessoa física, poderá dar ensejo à desconsideração inversa da personalidade jurídica, para que o patrimônio da sociedade também responda por tais obrigações.

Todas as dúvidas aplicáveis aos conceitos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, já analisados, aqui também se aplicam, haja vista a aplicabilidade desses mesmos requisitos. Não há, contudo, novas controvérsias ou questões que mereçam análise aprofundada.

Por tratar-se uma questão consolidada e pacífica perante a jurisprudência, também não se acredita que serão promovidas alterações jurisprudenciais significativas com base no parágrafo terceiro do artigo 50 do Código Civil.

7. Inserção do §4º do artigo 50 do Código Civil.

Enquanto os parágrafos primeiro e segundo conceituaram o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, e o parágrafo terceiro trouxe previsão material quanto ao instrumento da desconsideração inversa da personalidade jurídica, os parágrafos quarto e quinto, inseridos no artigo 50 do Código Civil pelo artigo 7º da Lei da Liberdade Econômica, cuidaram de esclarecer hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica não será aplicável.

Conforme aduz o parágrafo quarto, o afastamento da autonomia patrimonial não será autorizado pela mera existência de grupo econômico, sem que seja constatado o abuso da personalidade jurídica, por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial:

“CC, Art. 50 § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.”

Apesar de o dispositivo não distinguir, é cediço que os grupos econômicos se diferenciam em grupos de direito e de fato, sendo estes últimos os que prevalecem na prática econômica brasileira.

Os de direito são os grupos econômicos constituídos mediante convenção de um grupo de sociedades e formalizados pela legislação societária, para consecução de um

objetivo único. E os de fato são os grupos econômicos decorrentes de uma análise fática, da qual se verifica que o poder de decisão e o poder econômico de várias sociedades está centralizado em apenas uma pessoa física ou jurídica.

Ambas as espécies de grupos econômicos são capazes de ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, mas não pela sua mera existência, e sim desde que também sejam caracterizados o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. Assim já entendia a jurisprudência brasileira,⁶⁶ de modo que o parágrafo quarto também foi inserido no artigo 50 como forma de positivizar um entendimento jurisprudencial.

Todavia, observa-se que a jurisprudência sempre encontrou dificuldades em diferenciar quais requisitos caracterizam um grupo econômico e quais são aptos a caracterizar o efetivo abuso da personalidade jurídica, de modo que, por muitas vezes, o mero reconhecimento da existência do grupo econômico, na prática, foi suficiente para que houvesse o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica.

A título de exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 906.667-7, em 2012, o Tribunal de Justiça do Paraná reconheceu que a simples existência de grupo econômico não seria apta a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, a medida excepcional foi deferida, com argumentos relacionados apenas à própria existência do referido grupo, e não a um efetivo abuso, como a similitude das atividades sociais, sócios, administradores e endereços.⁶⁷

66 Vd. 1. Trecho da ementa: “Não configuração dos requisitos para desconsideração inversa da personalidade jurídica. Inteligência do artigo 50 do Código Civil. Ausência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial entre as empresas do mesmo grupo econômico. Desconsideração da personalidade jurídica da ré afastada. Bem imóvel que já era do patrimônio da ré antes do crédito dos autores. Ausência de confusão patrimonial entre a ré e a devedora dos autores que afasta a possibilidade de fraude contra credores. Sentença reformada, pela improcedência dos pedidos dos autores. Sucumbência integral dos autores. Recurso das rés provido e recurso dos autores desprovido.(TJ-SP - 0021629-34.2004.8.26.0602, Relator: Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 30/08/2016) (g.m.) 2. Trecho da ementa: “A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser procedida somente em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. Ausente a presença de tais requisitos a manutenção da decisão que indeferiu a inclusão das demais empresas é medida que se impõe.” (TJ-MG - AI: 10024120902713001 MG, Relator: Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 30/08/2017) (g.m.).

67 Trecho de ementa: “De acordo com a teoria maior, adotada pelo ordenamento civil (art. 50), a desconsideração da personalidade jurídica em desfavor do patrimônio dos sócios ou das sociedades empresárias participantes do mesmo grupo econômico somente se mostra possível quando vislumbrada a confusão patrimonial entre sócios e a empresa devedora ou entre estas e outras conglomeradas; senão, quando a pessoa jurídica, mediante atos abusivos, se desvirtua de suas finalidades.”

Outra dificuldade encontrada pela jurisprudência reside na confusão entre a desconsideração da personalidade jurídica em grupos econômicos e a aplicação da teoria da aparência, cujos efeitos são de extensão da responsabilização. A teoria da aparência se aplica quando as pessoas jurídicas se apresentam a terceiros como se uma só fossem, de modo a causar legítima dúvida, a justificar que a responsabilidade de uma alcance as demais, de forma extensiva.

Essa imprecisão pode ser verificada, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial nº 1404366/RS, do ano de 2014, no qual o Superior Tribunal de Justiça, apesar de afirmar que a desconsideração da personalidade jurídica não poderia ocorrer com base na simples existência de grupo econômico, relaciona a aplicação do instituto à teoria da aparência, como se fossem conceitos estritamente relacionados.⁶⁸

O que se entende, portanto, é que a inserção do parágrafo quarto fez bem em consolidar o entendimento jurisprudencial quanto ao fato de a mera existência de grupo econômico não ensejar a desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, como não houve maior profundidade da disposição quanto aos mencionados aspectos

Trecho do inteiro teor: "(...) Tais empresas possuem similitude quanto às suas atividades sociais, relacionadas à construção de edifícios e à locação, incorporação e compra e venda de imóveis, além da gestão e administração de propriedade imobiliária, tratando-se, ao que tudo indica, de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico imobiliário, que exercem suas atividades sob unidade gerencial. Verifica-se, a propósito, que o Sr. Nelson Batista Torres Galvão foi dotado de procuração para gerir, administrar ou praticar atos, sozinho ou em conjunto, relativamente às seguintes pessoas jurídicas: Comissária Galvão S/A, Galvão Administradora de Bens Ltda, Galvão Vendas de Imóveis Ltda, Centro Século XXI S/A e Mercantil de Imóveis Ltda; sendo ademais investido em funções de administração ou gerência na Comissária Galvão S/A, na Ródano Participações S/A e na Mercantil de Imóveis Ltda. (...) No particular, como visto, há em relação à maioria das pessoas jurídicas referenciadas, identidade de sócios, administrador, endereço e até mesmo de objetivos sociais, sem contar a incorporação de uma das empresas coligadas por outra, estando configurada a confusão entre os sujeitos de responsabilidade." (TJ-PR - Agravo de Instrumento nº 906.667-7, Relator Lauri Caetano da Silva, DJe: 5.12.2012)

68 Trecho da ementa: "2. As sociedades empresárias, ainda que integrantes de um mesmo grupo econômico, quando não figurem como parte no título executivo extrajudicial, não estão legitimadas a integrar o polo passivo da execução. 3. Tratando-se de sociedades distintas, com razões sociais, objetos e patrimônios próprios, o simples fato de pertencerem ao mesmo grupo de empresas não as torna solidárias nas respectivas obrigações, sendo descabida a aplicação da teoria da aparência para, com isso, ampliar-se a legitimação no polo passivo de ação executiva. 4. Cada pessoa jurídica tem personalidade e patrimônio próprios, distintos, justamente para assegurar-se a autonomia das relações e atividades de cada sociedade empresária, ainda que integrantes de um mesmo grupo econômico. Do contrário, a legislação faria a equivalência aplicada equivocadamente no v. acórdão recorrido ou até vedaria a formação de grupos econômicos pela inutilidade da medida. Somente em casos excepcionais essas distinções podem ser superadas, motivadamente (Código Civil, art. 50). 5. Recurso especial conhecido e provido." (STJ - REsp nº 1404366/RS; Relator: Min. Raul Araújo; Quarta Turma; Data de Julgamento 23.10.2014) (g.m.)

controvertidos, não se espera que a orientação jurisprudencial seja alterada significativamente a esse respeito.

Assim, ainda se faz necessário muito cuidado para que, na análise casuística dos grupos econômicos, principalmente os de fato, não se considere que as suas características já seriam suficientes a configurar a confusão patrimonial ou, ainda, ensejar automaticamente a aplicação da teoria da aparência. Caso contrário, restará esvaziada a previsão do parágrafo quarto.

8. Inserção do §5º do artigo 50 do Código Civil.

Na mesma linha do parágrafo quarto, o parágrafo quinto foi inserido ao artigo 50 do Código Civil com o intuito de esclarecer que uma hipótese específica, sobre a qual pairavam dúvidas, não é capaz de caracterizar abuso da personalidade jurídica. Nesse caso, restou definido que a mera alteração da finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica não constitui desvio de sua finalidade:

“CC, Art. 50 § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.”

Assim, se anteriormente houve decisões judiciais que permitiram a desconsideração da personalidade jurídica apenas em razão da alteração do objeto social da sociedade, o referido parágrafo trouxe uma restrição benéfica, ao pontuar que esta alteração, sozinha, não tem o condão de configurar um desvio de finalidade, apto a ensejar a aplicação de tal medida excepcional.

O doutrinador José Roberto de Castro Neves, todavia, aponta para a necessidade de uma interpretação cuidadosa a esse respeito, à medida que a alteração da finalidade da pessoa jurídica que modificar substancialmente o risco da atividade não será uma “mera alteração”, pois terá desdobramentos sobre os credores sociais anteriores.

Dessa maneira, segundo o referido doutrinador, o ideal seria aplicar a regra literal do parágrafo quinto somente para as alterações que não modificassem sobremaneira o risco da atividade, mas admitindo-se a possibilidade de desconsideração com esse fundamento, quando houvesse aumento do risco empresarial, que subvertesse as legítimas expectativas dos credores.⁶⁹

69 NEVES, José Roberto de Castro, A Desconsideração da Personalidade Jurídica - O Averso do Averso. In: Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro/Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão, coordenação., 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 461-462.

Ilustrando esse argumento, se uma pessoa realizar investimentos em uma sociedade cujo objeto social é a exploração de uma rede hoteleira mas, em momento seguinte, esse objeto for radicalmente alterado para o ramo de floricultura, Castro Neves afirma que seria justo que o investidor, se prejudicado, pudesse pedir a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que foram assumidos riscos totalmente diferentes daqueles com os quais ele havia concordado.

Esse parece um entendimento razoável, mas que também poderia conferir uma margem indesejada à interpretação jurisprudencial, posto que os magistrados poderiam livremente definir, sem quaisquer parâmetros legais objetivos, em quais hipóteses teria havido, ou não, o efetivo aumento do risco empresarial da atividade, em prejuízo aos credores.

De toda forma, a jurisprudência tem se utilizado corretamente da restrição trazida pela inserção do parágrafo quinto ao artigo 50 do Código Civil, como se pode observar do recente acórdão do Agravo de Instrumento nº 2164780-59.2019.8.26.0000, no qual a 12ª Câmara de Direito Privado esclarece que a simples alteração da atividade econômica não dá ensejo à desconsideração da personalidade jurídica, principalmente no caso em questão, em que tal alteração não causou nenhum impacto para a cobrança pretendida pelo credor. 70

9. Considerações finais.

A alteração do *caput* e a inserção dos parágrafos no artigo 50 do Código Civil, pelo artigo 7º da Lei da Liberdade Econômica, foram bastante importantes para esclarecer

70 "Ação monitória em fase de cumprimento de sentença. Pretensão de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária devedora. Acolhimento do incidente. Reforma. Ausência de elementos que demonstrem a utilização da pessoa jurídica como instrumento para a realização de atos fraudulentos. No caso concreto, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica está lastreado na falta de localização de bens da sociedade coexecutada e na alteração do seu objeto social, sem que antes a mesma tenha liquidado todas suas dívidas anteriores à referida modificação. Ocorre que a mera ausência de bens passíveis de penhora não constitui motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica. E não foi produzido nem um mínimo de prova da suposta confusão patrimonial; nem, tampouco, de comportamento fraudulento dos executados. Por outro lado, compete anotar que a mera alteração do objeto social da empresa também não caracteriza desvio de sua finalidade, consistente na utilização da pessoa jurídica para fins espúrios, como em casos de blindagem patrimonial de sócios, cabendo acrescentar que, no caso concreto, a referida alteração não ocasionou nenhum impacto ao prosseguimento da cobrança do título judicial e, tampouco, consistiu em qualquer causa modificativa ou extintiva do débito nele estampado. Assim, sem a comprovação de que tais alterações foram feitas para permitir a prática de atos ilícitos, não há que se falar, no presente caso, em desvio de finalidade, ainda que tal providência tenha sido realizada sem o adimplemento das dívidas assumidas anteriormente ao referido ato. Agravo provido." (TJ-SP - AI: 2164780-59.2019.8.26.0000, Relator: Sandra Galhardo Esteves, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24.10.2019) (g.m.).

pontos de dúvida em aberto e para positivar posicionamentos jurisprudenciais que já eram majoritários há muito tempo.

Nesse sentido, em consonância aos objetivos principais da Lei da Liberdade Econômica, foram restringidas as hipóteses que permitem a desconsideração da personalidade jurídica, em prol da autonomia patrimonial, e de forma a garantir maior segurança jurídica às relações econômicas.

Acredita-se que, assim, serão (ao menos parcialmente) alcançados os objetivos socioeconômicos da Lei da Liberdade Econômica, no sentido de criar-se um cenário de maior liberdade e segurança, que incentive a atividade das pessoas jurídicas e a realização de investimentos nacionais e internacionais na economia brasileira.

Faz-se, contudo, a ressalva de que existem algumas pontas soltas, como: (i) a indefinição dos casos de confusão patrimonial, decorrente da previsão genérica do inciso III do parágrafo segundo; (ii) a ausência de maiores esclarecimentos quanto às diferenças entre a caracterização de grupos econômicos e de efetiva confusão patrimonial; e (iii) a não unificação dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica para todos os sistemas, posto que as relações consumeristas, trabalhistas e tributárias ainda permitem a aplicação do instituto mediante requisitos muito mais simplificados.

Tais pontas soltas são capazes de criar insegurança quanto aos parâmetros para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas essa insegurança é certamente reduzida em comparação àquela existente quando da redação original do artigo 50 do Código Civil.

Em outras palavras, mesmo que permaneçam algumas brechas legislativas, o contexto geral das alterações promovidas pelo artigo 7º da Lei da Liberdade Econômica parece ter alcançado resultados muito benéficos para alterações que eram necessárias no âmbito das relações econômicas.

10. Referências.

BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. Revista dos Tribunais. Vol. 59/2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FRAZÃO, Ana. Lei da Liberdade Econômica e seus Impactos sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro/Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão, coordenação., 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Desconsideração da personalidade jurídica. Visão crítica da jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2009.

NEVES, José Roberto de Castro, A Desconsideração da Personalidade Jurídica - O Averso do Averso. In: Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro/Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ana Frazão, coordenação., 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, in: O Novo Direito Societário - Eficácia e Sustentabilidade. São Paulo: Malheiros, 2011

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A pessoa jurídica e os direitos de personalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista de Processo, ano 41, vol. 262, dezembro de 2016, p. 65-66.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva. 1979.

REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, dez./1969, vol. 410.

ROCHA, Edvaldo Pereira. A nova redação do artigo 50 do Código Civil, que trata da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76922/a-nova-redacao-do-artigo-50-do-codigo-civil-que-trata-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica>

SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. São Paulo: LTR, 1999.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO FÍSICAS E VIRTUAIS DIANTE DOS VÍCIOS DE PRODUTO E SERVIÇO

LUCAS MEDEIROS DE MOURA BARRETO ALVES:

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-graduando em Direito Constitucional. Assessor no Ministério Público Federal

RESUMO: Considerando o Código de Defesa do Consumidor como um marco normativo, o presente artigo tem o intuito de explorar a responsabilidade civil dos fornecedores pelos danos provocados nas relações consumeristas, destacando suas singularidades com vistas às relações virtuais de consumo e registrando, ao final, as dificuldades encontradas pela constante mutação nesta área.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; fornecedor; lojas físicas; lojas virtuais; singularidades.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves delineamentos teóricos. 3. Os vícios redibitórios e os vícios de produto e serviço: 3.1 Dos vícios de qualidade, quantidade e informação; 3.2 Dos Vícios de serviços e o vício aparente; 3.3 Da decadência; 3.4 Da responsabilidade civil no CDC: 3.4.1 Da responsabilidade objetiva e solidária; 3.4.2 Consumidor por equiparação. 4. A responsabilidade civil diante de produtos em lojas físicas. 5. A responsabilização civil diante das relações virtuais de consumo. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil adquiriu, apenas nas últimas décadas, autonomia científica, apartando – pelo menos enquanto objeto de estudo – seu conteúdo do direito das obrigações. Por essa razão, sua análise foi centralizada para suas próprias singularidades, estas não mais confundidas como outrora.

Paralelamente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, legislação que significou uma baliza entre o modo de se interpretar e aplicar o Direito nas relações consumeristas, as quais são compreendidas como aquelas em que a pessoa, física ou jurídica, adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, consoante disposto no art. 2º do CDC.

Por conseguinte, tornou-se fundamental desenvolver análises acerca da responsabilização dos fornecedores em eventuais danos causados aos consumidores, pois, se os danos devem ser reparados sob as mesmas premissas do ordenamento pátrio – com vistas a prevenir futuros danos e a reprovos os já provocados, seja com o intuito de restituir

o consumidor ou de sancionar o fornecedor –, a especialidade da área exige considerações particulares e ímpares.

Como se não bastasse a especialidade do direito do consumidor, a referida área jurídica passa por avassaladoras transformações que tornam extremamente dificultoso o acompanhamento legislativo. A tecnologia, a inovação e a modernização fazem com que o consumo não fique estagnado – não somente em elementos fáticos, mas também juridicamente –, como, por exemplo, a venda *online* de produtos que sequer existem materialmente.

Nesse sentido, utilizando-se de obras doutrinárias, da jurisprudência e da legislação, o presente trabalho terá como escopo apreciar as singularidades que o direito do consumidor fornece à responsabilidade civil, congregando as duas áreas, a fim de se atingir um objeto de estudo próprio.

2 BREVES DELINEAMENTOS TEÓRICOS

O Direito, numa maneira em geral, busca coibir os conflitos existentes na sociedade. Antes mesmo da força estatal se fazer presente na resolução das desavenças, a ordem normativa intencionava apaziguar os indivíduos. A fórmula encontrada para tal se baseia em dois grandes postulados: prevenir e reprovar. No primeiro, prescreve-se como a conduta deve ser pautada, a fim de que sempre haja harmonia no seio social. No entanto, excepcionalmente, no caso de haver divergência entre o dever-ser e o ser, reprova-se a conduta, com o propósito de não permitir que saia imputo o agente causador, seja no simples intuito de desaprovação da conduta, seja para satisfazer o atingido.

Com a elucidação de Miguel Reale (2002), é justamente com base em valorações econômicas, sociológicas, históricas, demográficas etc. que os responsáveis pela ordem normativa – os legisladores, no caso do ordenamento jurídico brasileiro – projetam normas sancionadoras para condutas que devam ser obedecidas e não foram.

Pois bem. Esta é a lógica na qual a ideia de responsabilidade civil é centrada. Partindo-se da complexidade que é viver em comunidade – que enseja, conseqüentemente, uma infinidade de relações travadas –, a responsabilidade civil é essencial para preencher o conteúdo preventivo e repressivo frente aos indivíduos e ao Estado, em virtude da ocorrência de danos sofridos.

Apesar disto, seu estudo possui autonomia recente, pois, anteriormente, a responsabilidade civil era analisada como parte integrante das obrigações. Aliás, ainda é comum que assim seja para muitos autores. No mesmo cenário de consecução de autonomia científica da responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.708/90) foi um marco de proteção aos vulneráveis nas relações consumeristas. Neste

momento, ampliou-se consideravelmente a responsabilização dos fornecedores/vendedores de produtos e serviços, em virtude, justamente, da proteção oferecida pela legislação aos consumidores.

Nesta conjuntura, a responsabilidade por danos oriundos da relação de consumo é corriqueira e essencial no contexto capitalista ocidental, vide a agigantada quantidade de ações provenientes dessa área (O GLOBO, 2013). Como bem colocou Sílvio Venosa (2017), o direito do consumidor faz parte da categoria de *novos direitos* surgidos no século XX, oriundos das transformações sociais e tecnológicas do mundo globalizado. Assim sendo, a proteção dada aos consumidores divisa a lógica jurídica em momentos distintos, principalmente ao se considerar que a ordem econômica é sistematizada basicamente nas relações de consumo. Ou seja, aliando a desenvoltura da responsabilidade civil ao florescimento da proteção ao consumidor, torna-se essencial compreendê-los de modo associado, contemplando os danos provocados e os deveres dos fornecedores para com os consumidores.

3 OS VÍCIOS REDIBITÓRIOS E OS VÍCIOS DE PRODUTO E SERVIÇOS

Na perspectiva do que foi exposto, dentre as mais diversas relações entre particulares que existem, muitas vezes ocorre que, após a pactuação dos contratos entre as partes, os efeitos experimentados por estas não são os desejados. Noutras palavras, quando um indivíduo contrata um serviço, ou então efetua a compra de um produto, a exemplo a compra de um aparelho celular, é comum deparar-se com situações em que o objeto dessa relação jurídica apresenta defeito, ou melhor, um vício que impeça o seu usufruto na maneira esperada.

Nessas relações, importa destacar que impera o Princípio da Garantia que, nos dizeres de Sílvio Venosa (2016, p. 190), consiste na imputação de um dever ao alienante de "*garantir ao adquirente que ele possa usufruir da coisa conforme sua natureza e destinação. Essa obrigação resulta do princípio da boa-fé que deve nortear a conduta dos contratantes*". Assim, constatada a presença de um vício ante o dever universal de garantir o perfeito estado do objeto ou serviço que foi entregue ou prestado, ter-se-á, por conseguinte, uma violação ao princípio da garantia.

Esses vícios, a teor do que dispõe o Código Civilista em seus artigos 441 a 446, são denominados 'vícios redibitórios' e correspondem àqueles constantes na coisa entregue ao tempo da sua transmissão, em virtude de um contrato oneroso comutativo firmado entre os particulares. Prescreve o art. 441 do CC que a coisa recebida, por sua vez dotada de vícios ou defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminuam o valor, pode ser enjeitada (via ação redibitória) ou ter seu preço abatido (via ação estimatória, *ex vi* art. 442).

Nesse contexto, aduz Venosa (2016, p. 191) que *"o vício redibitório decorre da própria coisa, que é a verdadeiramente desejada pela parte, e o adquirente não toma conhecimento do defeito, porque está oculto"*. O vício, portanto, é oculto, sendo imperceptível no momento da tradição.

Com efeito, à luz dos fundamentos retro expostos, torna-se salutar tecer duas considerações. A primeira delas refere-se aos requisitos para a configuração do vício redibitório. É que, como evidencia Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 347), *"para que se configure o vício redibitório é ainda necessário que a coisa seja recebida em virtude de relação contratual, que o defeito seja grave e contemporâneo à celebração do contrato"*.

Logo, é preciso que para além do vício, este seja grave ao ponto de atingir a função da coisa, tornando-a imprópria para uso, ou que tenha o seu valor afetado. Para tanto, Paulo Lôbo (2017, p. 153) explica que *"o vício atinge a função da coisa, seja a que se extrai de sua própria natureza seja a manifestada pelo adquirente, envolvendo a prestabilidade, a aptidão ou a utilidade que dela se espera"*, não se confundindo, todavia, com a sua inutilização, pois *"a coisa pode manter seus atributos e qualidades inerentes, mas não se presta ao uso cuja destinação emerge da natureza do contrato ou da que foi dada pelo adquirente"*. Não obstante, conclui o referido autor que, por seu turno, *"a diminuição do valor é dado objetivo. A existência de defeito acarreta inevitavelmente a diminuição de valor da coisa, segundo as vicissitudes do tráfico negocial"*.

Vislumbra-se, ainda, a necessidade de que o vício oculto e grave, seja anterior ou contemporâneo à entrega da coisa, sendo, com base em Lôbo (2017, p. 152), *"o momento da tradição marca a admissibilidade da tutela do adquirente da coisa"*.

A segunda consideração consiste na indiferença, pelo legislador pátrio, em precisar os limites do que seriam os defeitos e os vícios, respectivamente. Optou-se por equiparar ambas as hipóteses quando, em verdade, denota-se que os conceitos configuram situações fáticas distintas. Essa conclusão decorre, sobretudo, da análise das disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual expressamente destinou um regime jurídico diferente para cada hipótese (vide art. 12 e art. 18 CDC). Como bem observa Cavalieri (2014, p. 346),

(defeito) é vício grave que compromete a segurança do produto ou do serviço e causa dano ao consumidor, como o automóvel que colide com outro por falta de freio e fere os ocupantes de ambos os veículos; o segundo **(vício) é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço, que apenas causa o seu mau funcionamento**, como a televisão que não funciona ou que não produz boa imagem, a geladeira que não gela etc. (grifos nossos)

Nesta direção complementa Paulo Khouri (2013, p. 216), em que

não se confunde a responsabilidade pelo fato (arts. 12 e 14) com a responsabilidade por vício do produto ou serviço. Enquanto na primeira há potencialidade danosa, na segunda esta inexistente, verificando-se apenas anomalias que afetam a funcionalidade do produto ou serviço.

Desta feita, ocorre que quando se está sob a ótica de uma relação de consumo, depreende-se que o tratamento legal conferido pelo legislador é diferenciado, muito em função dos esforços destinados à proteção do consumidor, por sua vez hipossuficiente. Com isso, os requisitos outrora elencados como essenciais à configuração do vício redibitório, onde as relações são paritárias, com vistas às lições de Cavalieri (2014, p. 347), não são relevantes *"para a configuração do vício do produto, uma vez que o CDC não faz qualquer distinção quanto à gravidade do vício, quanto a ser ele anterior, contemporâneo ou posterior a entrega do bem, e nem se esta se deu em razão de contrato"*.

Como bem explica Paulo Lôbo (2017, p. 157),

O modelo da legislação civil da responsabilidade por vícios da coisa está orientado para o valor de troca e não para o valor de uso ou consumo, tratando igualmente relações desiguais, sem contemplar a evidente vulnerabilidade e inferioridade jurídica do adquirente ou usuário de bens e serviços de consumo.

Dessa forma, é evidente que em eventual comparação ao que estipula o Código Civil, constata-se uma dilação legal das hipóteses que podem configurar o vício em si mesmo, como é o caso do reconhecimento dos vícios de qualidade, quantidade e de informação, sejam estes de produtos ou de serviços, bem como a possibilidade de tutela diante dos casos em que o vício apresente-se de forma aparente. No que se refere à responsabilidade civil, essas são as principais diferenças provenientes do código consumerista e, à luz disso, importa, no presente estudo, observar as singularidades de cada caso. Vejamos.

3.1 DOS VÍCIOS DE QUALIDADE, QUANTIDADE E INFORMAÇÃO

O vício de qualidade, seja o produto durável ou não durável, conforme expõe Cavalieri (2014, p. 349), gira em torno de um dever jurídico imposto ao fornecedor de *"só introduzir no mercado produtos inteiramente adequados ao consumo a que se destinam"*. Nessa hipótese, o que se visa é a compatibilidade entre o desempenho apresentado para com aquele convencionado no instrumento contratual, de maneira a evitar com que o produto se torne inadequado ao consumo ou tenha seu valor reduzido. Paralelamente a

isso, ressalte-se ainda a observação lançada por Lôbo (2017, p. 161), a qual "*pode inexistir defeito físico ou tangível do objeto, como nas hipóteses de peças do equipamento, e ainda assim ter-se vício de qualidade*", de modo que como o vício de qualidade pode apresentar-se de diversas maneiras, o que interessa é analisar a compatibilidade de desempenhos.

Já o vício de quantidade que, peculiarmente, restringe-se apenas às hipóteses de fornecimento de produtos, nos dizeres de Lôbo (2017, p. 161), corresponde ao fato de que "*a quantidade encontrada deve ser equivalente às indicações constantes do anunciado em publicidade ou do continente do produto (recipiente, embalagem*". Assim, "*deve haver simetria entre a quantidade do continente (anunciada) e a do conteúdo (concreto)*".

Deduz-se do texto legal, nessas duas hipóteses (vício de qualidade e quantidade), a disponibilização em favor do consumidor de diferentes formas de se lidar para com os referidos vícios, a partir das quais se deve adequar uma à luz das especialidades do caso concreto. São elas: a possibilidade de exigir a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso (inciso I do art. 18 do CDC); a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (inciso II do art. 18 do CDC do CDC); bem como o abatimento proporcional do preço (inciso III do art. 18 do CDC). Sem embargo, destaque-se que em razão da natureza do vício, o legislador conferiu àquele produto que apresenta assimetria na sua quantidade ainda a possibilidade do consumidor optar pela possibilidade de complementar o peso ou medida ausente (inciso II do art. 19 do CDC).

No que lhe concerne, o vício de informação, assenta Lôbo (2017, p. 161), "*resulta da desconformidade com as qualidades anunciadas. Relaciona-se a dados extrínsecos ao produto ou serviço, ou seja, a elementos de indução ao consumo*". Compreende, a exemplo, as divergências entre as informações contidas nas tabelas nutricionais de alimentos que se dizem ser mais benéficos à saúde, e o que efetivamente se encontra substancialmente naquele produto.

3.2 VÍCIOS DE SERVIÇOS E O VÍCIO APARENTE

Nesse interim, à vista do exposto e a teor do que prescreve o CDC, cumpre mencionar que o objeto contratual passível de vício pode até então ser um serviço (que encontra fundamentação legal no art. 20 do CDC), demonstrando, portanto, uma preocupação do estatuto consumerista em proteger a parte hipossuficiente que faça uso de serviços prestados. A título de exemplo, tem-se o caso de interrupção de fornecimento de energia nas residências que, *in casu*, ensejou reparação civil e teve acórdão proferido no julgamento do processo n.º APL 02119395620108040001 AM confirmando a eficácia condenatória:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR VÍCIO DO SERVIÇO. **INTERRUPÇÃO INJUSTIFICADA NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSEQUENTE PERDA DOS PRODUTOS DA EMPRESA DA RECORRENTE. DANOS MATERIAIS. VIOLAÇÃO À HONRA OBJETIVA. BOM NOME E REPUTAÇÃO NO MERCADO CONSUMIDOR. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS.** AUSÊNCIA DE PROVAS. ARTIGO 333, I, DO CPC. NECESSIDADE DE UM MÍNIMO DE INDÍCIOS DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. (TJ-AM - APL: 02119395620108040001 AM 0211939-56.2010.8.04.0001, Relator: Wellington José de Araújo, Data de Julgamento: 08/06/2015, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 09/06/2015). (grifos nossos)

Discorre Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 82) que estar-se-á diante de vício "de serviços, quando se verifique prejuízo decorrente da "disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária" (art. 20, caput, in fine)". Nestes, observa-se que dispõe o consumidor do poder de exigir a reexecução dos serviços (inciso I, art. 20); a restituição do preço corrigido, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (inciso II, art. 20); e o abatimento proporcional do preço (inciso III, art. 20).

Por fim e não menos importante, insta registrar outra inovação proveniente do CDC, qual seja o reconhecimento legal dos casos em que o vício se apresente de modo aparente. Lôbo (2017, p. 159) harmoniza que

nas relações de consumo, mercê de seu caráter impessoal, desigual e massificado, a inclusão do vício aparente é necessária para que se efetive o princípio de defesa do consumidor. Se assim não fosse, o consumidor individual estaria à mercê de intermináveis discussões judiciais acerca de seu desconhecimento do vício (...).

Nessa perspectiva, juridicizou-se os casos em que o vício for de fácil constatação, de maneira que "mesmo que o vício seja aparente, no momento da entrega do produto ou do serviço, cabe a responsabilidade do fornecedor", conforme preceitua Lôbo (2017, p. 159). Exemplo disso é o da compra de veículos que, *in casu*, demonstrou tratar-se de vício aparente – muito embora em razão da jurisprudência dominante do STJ, a qual entende que o mero inadimplemento contratual, em regra, não enseja compensação por danos morais, restou pelo improvimento do agravo. Vejamos a ementa do Acórdão:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO USADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **VÍCIO APARENTE OU DE FÁCIL**

CONSTATAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 26 DO CDC. ACÓRDÃO ESTADUAL EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL NÃO ENSEJA, EM REGRA, INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Quando se tratar de responsabilidade civil por vícios do produto aparentes ou de fácil constatação, o prazo decadencial é de 30 ou 90 dias para a reclamação por parte do consumidor, conforme se trate de produtos ou serviços não duráveis ou duráveis, nos termos do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor. 2. **A jurisprudência desta Corte entende que o simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação comercial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável nos negócios contratados.** 3. A Corte de origem, analisando o acervo fático-probatório dos autos, consignou que os vícios no veículo representam mero inadimplemento contratual, o que afasta a ocorrência de dano moral indenizável. 4. A alteração do contexto fático delineado pelo acórdão recorrido demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 5. Agravo interno não provido. (PROCESSO: AIRES P - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – 1476632. RELATOR: RAUL ARAÚJO. SIGLA DO ÓRGÃO: STJ, QUARTA TURMA, DJE: DATA:08/09/2017) (grifos nossos)

3.3 DECADÊNCIA

Da análise do que foi comentado no presente estudo, depreendeu-se que nas relações em que um dos polos é o consumidor, a legislação optou por agasalhar os casos em que os vícios são ocultos, mas como também aparentes, ou seja, aqueles que sua percepção seja de fácil notoriedade. Nesse sentido, cumpre especificar qual é a implicação prática de cada hipótese no que se corresponde ao direito de reclamar diante de um vício constatado.

Assevera Venosa (2016, p. 209), que *"o fato de o defeito ser facilmente percebido influirá somente nos prazos de reclamação, e isto fica bem nítido na lei, mesmo porque em qualquer situação será responsável o fornecedor"*. Assim sendo, a teor do que dispõe o art. 26 do CDC, caso esteja-se diante de vício aparente, o que difere é o prazo, por sua vez contado a partir da entrega efetiva do produto ou término da execução dos serviços.

Logo, em se tratando de serviços ou produtos não duráveis, terá o consumidor o prazo de 30 dias para reclamar, ao tempo em que em se configurada hipótese de serviços

ou produtos duráveis, o prazo altera-se para 90 dias, sempre a contar da entrega efetiva do produto ou término dos serviços. Noutra seara, caso o vício seja oculto, prescreve o § 3º do art. 26 que o prazo começa a correr a partir do momento em que o vício ficar evidenciado, pautando-se, nesses casos, pelo critério da vida útil do produto. Para tanto, Cavalieri (2014, p. 364) mostra que

Atentando-se para a vida útil do produto, ter-se-á que apurar, em cada caso, através de perícia, qual é a verdadeira causa do defeito. Em princípio, quanto mais distante estiver o produto ou serviço do final da sua vida útil, maior será a possibilidade de se tratar de um vício de qualidade. Se o bem é novo ou recém-adquirido, pode-se, até, falar em presunção relativa da anterioridade do vício.

Não obstante, o § 2º do art. 26 explicita as situações em que o prazo decadencial retro exposto é obstado, ou seja, impedido de começar a correr. Interessante que, de acordo com as lições de Venosa (2016, p. 210),

Um prazo começa a transcorrer desde a entrega da coisa, mas a reclamação faz com que outro novamente se inicie. Não devemos ver aí uma interrupção, porque a decadência não o permite. Para que se harmonizem os princípios da caducidade, entendamos que há dois momentos em que surge o direito do consumidor: quando da entrega e quando da reclamação. Se o consumidor não reclamar no prazo fixado a partir da entrega efetiva, decai do direito. Se reclamar nesse prazo, e até a resposta negativa do fornecedor, o prazo de caducidade que decorre dessa reclamação, que é de direito material, não se inicia.

Daí que, sob pena se desconfigurar o instituto da decadência, o qual não se interrompe nem suspende, optou-se por uma interpretação que reza a viabilização de dois espaços para que o consumidor possa reclamar do que lhe é de direito, quais sejam da entrega efetiva e, caso aquele opte pela reclamação, o prazo será desde a negativa do fornecedor; ou a instauração de inquérito civil. E se o vício for oculto,

Sempre que o consumidor reclama “administrativamente”, provoca o início do prazo de caducidade, com a resposta negativa do fornecedor. Nada impede, porém, que o consumidor ingresse com a ação independentemente da reclamação, em qualquer situação (VENOSA, 2016, p. 211).

Resta caracterizar, por conseguinte, a modalidade de responsabilidade civil com a qual se está diante, bem como suas peculiaridades.

3.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC

Flávio Tartuce (2016, p.70) diz que “para justificar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, é preciso estudar a estrutura da relação jurídica de consumo, na perspectiva de seus elementos subjetivos e objetivos, ou seja, das partes relacionadas e o seu conteúdo”.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, define a figura do consumidor como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Para Cláudia Lima Marques (2007), uma das maiores doutrinadoras brasileiras acerca do Direito do Consumidor, o destinatário final seria o reconhecido como vulnerável numa relação contratual, asseverando que

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para, j isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova da jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endverbraucher), e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado [...] (TARTUCE, 2016, p.79).

Assim, a referida autora adota a teoria finalista mitigada ou aprofundada, admitindo exceções quando a pessoa física ou jurídica estiver em condição de vulnerabilidade.

Ademais, em seu art.3º, aduz o CDC que

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Vale ressaltar que, a palavra fornecedor está em sentido amplo, a englobar o fornecedor de produtos – em sentido estrito – e o prestador de serviços. (TARTUCE, 2016, p. 71).

Tal entendimento também é encontrado na jurisprudência pátria, a qual estipula “[...] que para qualificar-se uma pessoa como fornecedor de acordo com o regime jurídico especial previsto pela Lei nº 8078/90, é necessário que essa pessoa física ou jurídica exerça a atividade econômica com profissionalidade, ou seja, continuamente” (AGI656396, Acórdão nº 89902, Relator Hermenegildo Gonçalves, 2ª Turma Cível, julgado em 21/10/1996, DJ 27/11/1996 p. 21.905).

Por fim, tem-se ainda como elemento da relação de consumo o produto ou serviço. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, §1º, do CDC). Já o serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (Art. 3º, §2º, do CDC).

3.4.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA

No próprio Código Civil não se encontra referência à culpa nos vícios redibitórios, sendo inclusive um equívoco tentar este requisito no CDC, o qual tem a função de dar proteção e igualdade de condições nas suas relações. Assim, assevera Sérgio Cavalieri Filho, que não há dúvida de o vício do produto ou serviços gerar responsabilidade objetiva, visto que, até mesmo no regime do Código Civil, os vícios redibitórios não são tratados como casos de responsabilidade por culpa. Seria, então, um intolerável retrocesso submeter os vícios do produto e do serviço disciplinados pelo CDC à exigência de culpa do fornecedor, quando esse estatuto tutelar reconhecidamente adota o sistema da responsabilidade objetiva. (THEODORO, 2017, p.81).

Entretanto, assevera Theodoro (2017, p.82) que, o fato de a responsabilidade do fornecedor ser, em qualquer das hipóteses, objetiva, não retira do consumidor o dever de comprovar o vício ou defeito (ou ao menos indícios de sua ocorrência para justificar a inversão), o nexa causal e o dano. Assim, caberá ao fornecedor, neste caso, comprovar que não havia vício ou defeito no produto ou serviço.

Outrossim, aduz Flávio Tartuce e Daniel Amorim (2016, p.121) que o Código de Defesa do Consumidor, ao adotar a premissa geral de responsabilidade objetiva, quebra a regra da responsabilidade subjetiva prevista pelo Código Civil de 2002, fundada na culpa *lato sensu*, que engloba o dolo (intenção de causar prejuízo por ação ou omissão voluntária) e a culpa *stricto sensu* (desrespeito a um dever preexistente, seja ele legal, contratual ou social).

Desse modo, o Código Civil de 2002, adota como regra a responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa em sentido amplo (arts. 186 e 927 § único do CC). Todavia, adota como exceção, a responsabilidade civil objetiva, quando presente a atividade de risco ou nos casos especificados em lei, como nas hipóteses de ato de terceiro (arts. 932 e 933), fato do animal (art. 936) e fato da coisa (arts. 937 e 938), por exemplo.

Já o Código de Defesa do Consumidor adota como regra a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços (arts.12, 14, 18, 19 e 20 do CDC). A exceção fica no campo dos profissionais liberais (art. 14, §4º, CDC), onde é adotada a responsabilidade subjetiva, só respondendo mediante prova de culpa. (TARTUCE, 2016, p. 122).

Ademais, afirma o CDC que, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo (art. 7º, parágrafo único, do CDC). Tal linha de pensamento também é encontrada no art.18, CDC, aqui já exposto, no qual será aplicado nos casos de vícios nos produtos, definindo a responsabilidade dos fornecedores como solidária.

De acordo com a doutrina majoritária, o termo fornecedor é o gênero daqueles que desenvolvem atividades no mercado de consumo. Assim, toda vez que o CDC se refere a "fornecedor" está envolvendo todos os participantes que desenvolvem atividades, sem nenhuma distinção. E esses fornecedores, diz a norma, respondem "solidariamente". (MALHEIROS, 2007)

Desse modo, assevera Nunes (2005, p.170) que

A norma do caput do art. 18 coloca todos os partícipes do ciclo de produção como responsáveis diretos pelo vício, de forma que o consumidor poderá escolher e acionar diretamente qualquer dos envolvidos, exigindo seus direitos.

Outrossim, Cláudia Lima Marques entende que devem se responsabilizar todos aqueles que ajudaram a colocar o produto no mercado, iniciando-se do fabricante, passando pelo distribuidor e finalizando pelo comerciante. Todavia, cabe a cada um deles a responsabilidade pela garantia do produto (MARQUES, 1999. p. 450).

A jurisprudência pátria também entende que a lei possibilita a responsabilização do comerciante para sanar o vício do produto ou serviço, vejamos:

CIVIL - CDC - COMPUTADOR - DEFEITO NA PLACA MÃE - VÍCIO DO PRODUTO - **PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE O FABRICANTE E O FORNECEDOR DO PRODUTO. 1. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo.** Preliminar de ilegitimidade passiva que se rejeita em razão da solidariedade entre o fabricante do produto e a empresa que o revende. 2. Demonstrado nos autos o vício de qualidade do produto, cabe ao consumidor a escolha entre a troca ou a restituição do valor pago. 3. Não sanado o vício no prazo de trinta dias, a empresa que vende computador que apresenta defeito na placa mãe, deve restituir o valor recebido. 4. Multas aplicadas pelo Procon/DF não afastam o dever de restituição que recai sobre o fornecedor, uma vez que

possuem fundamento fático e legal distintos. Recurso improvido. (20050110940580ACJ, Relator ESDRAS NEVES, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 06/06/2006, DJ 03/07/2006 p. 129). (grifos nossos)

Ademais, uma exceção à responsabilidade solidária pode ser encontrada no art. 18, §5º, em que o Código de Defesa do Consumidor aduz que será responsável, no caso dos produtos in natura, o fornecedor imediato do produto, a não ser quando for possível identificar claramente o seu produtor. Assim como, será também responsável o fornecedor imediato quando ele próprio fizer a “pesagem ou medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais” (MELO, Liana Holanda de).

Sendo assim, conclui-se que nosso ordenamento jurídico como um todo entende, em regra, pelo conceito amplo de fornecedor, não devendo os comerciantes se eximirem da responsabilidade de sanar os vícios dos produtos, colocando toda a responsabilidade nos fabricantes.

3.4.2 CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor se diferencia do Código Civil porque tem em sua essência a proteção e presunção de vulnerabilidade do consumidor, de forma que amplia consideravelmente o próprio conceito deste para enquadrar também a ideia de consumidor equiparado, por equiparação ou *bystander*. O art. 17 do CDC é expresso em dizer que o consumidor é todo aquele que venha a se prejudicar pelos eventos do contrato, mesmo que participe indiretamente, sendo assim equiparados para a condição de pleitear uma ação de reparação civil. Ou seja, trata-se do terceiro ou do expectador, daquele que não interveio na relação de consumo, mas é vítima e, por isso, é equiparado ao consumidor. Assim, as relações de consumo se regem por uma situação que, por vezes, ignora a concepção padrão de responsabilidade civil e amplia o nexo causal, a fim de acomodar um terceiro prejudicado, como ilustra esta decisão do STJ ao determinar ser consumidor equiparado o proprietário de uma residência sobre a qual caiu um avião:

Código de Defesa do Consumidor. Acidente aéreo. Transporte de malotes. Relação de consumo. Caracterização. Responsabilidade pelo fato do serviço. Vítima do evento. Equiparação a consumidor. Art. 17 do CDC. I. Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, ‘... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’. Abrandamento

do rigor técnico do critério finalista. II. Em decorrência, pela aplicação conjugada com o art. 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso especial provido” (STJ – REsp 540.235/TO – Terceira Turma – Rel. Min.Castro Filho – DJ 06.03.2006). (grifos nossos).

Assim como, em uma situação hipotética, onde um aparelho de ar-condicionado recém adquirido explode dentro de uma sala de aula onde funciona instituição de ensino e no presente momento estão cinquenta alunos em aula. Ora, não se pode entender que o dano causado pelo defeito do produto será ressarcível somente à instituição, mas sim, a todos os estudantes que se feriram devido ao acidente.

O parágrafo único do art.2º, CDC, também considera consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que posteriormente venha a sobrevir na relação de consumo. Logo, se de alguma forma, a sociedade interveio na relação de consumo, ela será considerada consumidora.

Aduz também, o art. 29, CDC, que é considerado consumidor todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais ou contratuais abusivas, como uma coletividade exposta a uma determinada propaganda enganosa por exemplo. Na visão de Cláudia Lima Marques, o art. 29 supera os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa. Estas, mesmo não sendo "consumidores stricto sensu", poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas (RODRIGUES, 2017).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DE PRODUTOS EM LOJAS FÍSICAS

De acordo com o artigo 186 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Em decorrência disso, o Código de Defesa do Consumidor buscou proteger o consumidor devido a sua vulnerabilidade, evitando arbitrariedades e reparando os abusos cometidos pelos fornecedores e comerciantes. Contudo, a compra do produto em lojas físicas possui algumas particularidades que serão destrinchadas a seguir. Conforme consta no art. 49º do Código de Defesa do Consumidor:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços

ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Logo, depreende-se que se a compra é feita em loja física, o consumidor não tem direito a troca assim que concluir a compra, salvo se a loja tiver a política expressa de troca, pois o Superior Tribunal de Justiça entende que esta cláusula não fere o art. 49, CDC.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA TÉCNICA. FORNECEDOR. INTERMEDIÇÃO. DESNECESSIDADE. ARTIGO 18, § 1º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBSERVÂNCIA. 1. Há julgamento extra petita quando decidida a causa fora dos contornos da lide, que são estabelecidos a partir do exame da causa de pedir eleita pela parte autora da demanda e dos limites do pedido veiculado em sua petição inicial. 2. Ausência de norma cogente no CDC, que confira ao consumidor um direito potestativo de ter o produto trocado antes do prazo legal. **Não se colhe dos autos nenhum comportamento abusivo da empresa recorrente, que permite a troca da mercadoria no prazo de 3 (dias) para beneficiar o consumidor diligente.** 3. **Na hipótese, não sendo reparado o vício pela assistência técnica no prazo de 30 (trinta) dias, o consumidor poderá exigir do fornecedor, à sua escolha, as três alternativas constantes dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 18 do CDC.** 4. No caso concreto, o Tribunal local, ao determinar que a empresa, a fim de sanar suposto vício, tivesse que enviar, de forma direta e autônoma, o produto supostamente viciado à assistência técnica, bem como retirar os produtos de difícil remoção da residência do consumidor ou onde se encontrasse a mercadoria, encaminhando, se necessário, técnico ao local, de fato extrapolou os limites do pedido. 5. A Terceira Turma já concluiu que a disponibilização de serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante, afasta o dever do fornecedor de intermediar o serviço, sob pena de acarretar delongas e acréscimo de custos. 6. Recurso especial da Lojas Americanas S.A. provido, prejudicado o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. (STJ - REsp: 1.459.555 – RJ (2014/0139034-0), Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/02/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2017) (grifos nossos)

Outra possibilidade de troca é por vício do produto ou defeito, devido ao fato do produto estar impróprio ao uso e ao consumo, como enfatiza Humberto Theodoro Junior (2017, p.91)

É de se ressaltar, que impróprio ao uso e consumo são: a) os produtos: cujos prazos de validade estejam vencidos; deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; ou os que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam (art. 18, § 6º); b) os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade (art. 19, § 2º).

Sendo o caso de vício, deve o consumidor procurar assistência técnica para que sane o vício em trinta dias, conforme o art. 18, CDC, e, em caso de extrapolação, tem o direito de exigir a substituição do produto por outro de mesma espécie; a restituição imediata da quantia paga, sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento do preço. Com base nisso, a jurisprudência entende por configurado o dano moral quando o consumidor necessita retornar diversas vezes à concessionária para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido.

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. VEÍCULO ZERO. **VÍCIOS DE QUALIDADE. NÃO SANADOS NO PRAZO. OPÇÕES ASSEGURADAS AO CONSUMIDOR. SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO POR OUTRO DA MESMA ESPÉCIE. ESCOLHA QUE CABE AO CONSUMIDOR.** REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. **DANO MORAL.** RECONHECIMENTO. PRECEDENTES. 1. Ação ajuizada em 07/12/2009. Recursos especiais interpostos em 05/02/2014 e atribuídos a este gabinete em 25/08/2016. 2. Não é possível alterar a conclusão assentada pelo Tribunal local com base na análise das provas nos autos, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afirmou de forma categórica a existência de vício no produto, tendo sido o **veículo encaminhado diversas vezes para conserto e não sanado o defeito no prazo de 30 (trinta) dias.** Rever essa conclusão esbarra no óbice supramencionado. **4. Configura dano moral, suscetível de indenização, quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido.** 5. O valor fixado a título de

danos morais, quando razoável e proporcional, não enseja a possibilidade de revisão, no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 6. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos.(STJ - REsp: 1632762 AP 2014/0165496-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/03/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2017) (grifos nossos)

É que o vício ou defeito de um produto novo, mas sanado pelo fornecedor, tende a ser considerado como um mero aborrecimento, o qual não gera dano moral ao consumidor. Porém, conforme a relatório da Ministra Nancy Andrichi (STJ, 2013), quanto o vício ou o defeito extrapola o razoável que se pode imputar ao consumidor, estar-se-á diante não mais de um transtorno ou inconveniente corriqueiro, mas sim, de um dano que causa frustração, constrangimento e angústia, que supera a esfera do mero dissabor para invadir a seara do efetivo abalo psicológico. É nesse entendimento que o Superior Tribunal interpreta o CDC em ampliação do polo passivo da demanda a fim de também alcançar o produtor:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CONCESSIONÁRIA E DO **FABRICANTE DE AUTOMÓVEIS. LEGITIMIDADE PASSIVA.** CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Não ficou caracterizada a violação dos arts. 489, § 1º, e 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional. 2. **O entendimento desta Corte é no sentido de que a concessionária (fornecedora) e o fabricante de automóveis possuem responsabilidade solidária em relação ao vício do produto.** 3. Agravo interno desprovido. (STJ - REsp: 1.640.789 - PR (2016/0310311-7), Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 24/10/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/10/2017) (grifos nossos)

Porém, quando o vício não for aparente ou de fácil constatação, assim como finalizado o prazo, começa-se a contar a garantia contratual. O STJ tinha o entendimento de que as lojas não eram obrigadas a receber o produto defeituoso quando existisse

assistência técnica especializada no local, exceto se já houvesse decorrido 30 dias e a assistência não tivesse purgado o problema.

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIO DO PRODUTO. **REPARAÇÃO EM 30 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO COMERCIANTE.** 1. Ação civil pública ajuizada em 07/01/2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. Julgamento pelo CPC/73. 2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional (art. 535, II, do CPC/73); (ii) a preclusão operada quanto à produção de prova (arts. 462 e 517 do CPC/73); (iii) a responsabilidade do comerciante no que tange à disponibilização e prestação de serviço de assistência técnica (art. 18, caput e § 1º, do CDC). 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 535, II, do CPC/73. 4. Esta Corte admite a juntada de documentos, que não apenas os produzidos após a inicial e a contestação, inclusive na via recursal, desde que observado o contraditório e ausente a má-fé. **5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado - ou, ao menos, atenuado - se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo.** 6. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC). 7. Como a defesa do consumidor foi erigida a princípio geral da atividade econômica

pelo art. 170, V, da Constituição Federal, é ele - consumidor - quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias - levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante -, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém. 8. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1634851 RJ 2015/0226273-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2018) (grifos nossos)

Conforme o julgado de 2017 supracitado, o Tribunal Superior confere ao consumidor o direito procurar sanar ao vício junto ao fornecedor, produtor ou assistência, ficando a sua escolha qual deles procurar, pois se configura uma responsabilidade objetiva que se justifica pelo risco da atividade comercial praticada. Pois bem, não é o consumidor, parte hipossuficiente, que deverá arcar pelo mau funcionamento do produto ou serviço ao qual não deu causa.

Muito elucidativo foi o voto da Ministra Relatora Nancy Andrichi (STJ, 2018), embasada no princípio da boa-fé objetiva, de forma que prescreve que “se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor”.

5 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DIANTE DAS RELAÇÕES VIRTUAIS DE CONSUMO

As relações de consumos que ocorrem eletronicamente são aquelas em que as partes se utilizam de meios informáticos para realizarem um contrato, sem que tenham contatos físicos e pessoais. Logo, sua principal característica é de que os contratos celebram e concluem-se através da rede mundial de computadores. O princípio da confiança é imprescindível neste tipo de contrato, pois também representa a intenção dos contratantes em constituir uma segurança jurídica e a transparência, dificultada pela imaterialidade da formação do contrato.

O princípio da confiança foi criado pela jurisprudência alemã e desenvolvido pela doutrina como a defesa da legitimidade das expectativas que nascem com os contratantes, pois estes assumem mutuamente suas obrigações (CASTRO FERREIRA, p. 166). Ademais, se manifesta nos contratos como a perspectiva subjetiva do segurança e mantém íntima relação com a transparência porque fornece credibilidade ao vínculo formado pelos contratantes (CASTRO FERREIRA, p. 167).

Destarte, é importante ter-se em mente que há uma infinidade de contratos virtuais possíveis, os quais a legislação e a jurisprudência ainda não conseguiram acompanhar e

prever os deveres e responsabilidades que se aplicam a cada um. A verdade é que o conteúdo de responsabilidade civil nos contratos eletrônicos ainda está se desenvolvendo, seja pelos projetos de lei que tramitam perante o Congresso Nacional, doutrina ou jurisprudência. Diante disso, o que se vê é um sistema de responsabilidade civil muito casuístico, pois ainda está se moldando e se adequando a esse novo paradigma, o qual se caracteriza por um conjunto de relações efêmeras e instantâneas.

Assim, de forma geral, a jurisprudência brasileira tem buscado indenizar o consumidor e protegê-lo dos eventuais danos materiais que venha a sofrer pela má ou falta de prestação do serviço ou vício do produto. As lojas virtuais ou parte intermediária têm a responsabilidade objetiva quanto à execução de suas obrigações no contrato, não devendo o consumidor que realizou o contrato por confiança sofrer o dano do inadimplemento. E quando se fala da prestação, deve-se levar em conta também a segurança do meio eletrônico em que o contrato se forma.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INTERMEDIÇÃO DE COMPRA E VENDA DE PRODUTOS "ON-LINE". COMPRAS EFETUADAS POR TERCEIRO NÃO AUTORIZADO. **DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.** RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. **DEVER DE REPARAÇÃO DO PREJUÍZO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.** PROCEDÊNCIA PARCIAL RECONHECIDA. RECURSO DAS RÉIS PARCIALMENTE PROVIDO. PREJUDICADO O APELO DO AUTOR. 1. O conjunto probatório não possibilita afirmar a culpa exclusiva do consumidor pela falha no sistema de segurança disponibilizado pelas corrés MercadoPago.com e MercadoLivre.com, de onde **decorre a responsabilidade dos demandados pelos danos materiais constatados, pois na hipótese a responsabilidade deles é objetiva.** 2. **Não se tratando de situação em que o dano moral se presume "in re ipsa", faz-se necessária a demonstração efetiva de sua ocorrência para justificar o reconhecimento do direito à reparação.** No caso, os transtornos vividos pelo autor não chegaram a caracterizar verdadeira situação de dano moral, o que afasta a possibilidade de cogitar de reparação nesse aspecto. (TJ-SP - APL: 00032317820138260196 SP 0003231-78.2013.8.26.0196, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 15/09/2015, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/09/2015) (grifos nossos).

Outra questão importante que se extrai da jurisprudência acima é a dificuldade sobre a configuração do dano extrapatrimonial no comércio eletrônico. Tal espécie de dano é de difícil apreciação e quantificação, pois não se pode aferir em aspectos materiais, devendo-se extrair sua configuração de uma análise minuciosa sobre os direitos de

personalidade e do princípio da dignidade humana. Igualmente, o dano será presumido *in re ipsa*, o qual será visto tomando-se em conta a capacidade de produzir efeitos no homem médio, em tentativa de não se banalizar todo julgamento ao casuístico e ao sofrimento interno, o qual é demasiadamente pessoal e abstrato. É um entendimento de que a responsabilidade civil não é para gerar lucro pelos meros aborrecimentos, mas sim, para sanar toda e, somente ela, a avaria causada.

RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPRA DE PRODUTO MEDIANTE PÁGINA ELETRÔNICA. MERCADORIA NÃO ENTREGUE. **DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL.** RECURSO IMPROVIDO. (TJ-RS - Recurso Cível: 71005137880 RS, Relator: Sílvia Muradas Fiori, Data de Julgamento: 06/11/2014, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/11/2014) (grifos nossos)

É também lógico que as lojas virtuais têm responsabilidade pelo produto não entregue, pelo contrato não cumprido e pelos vícios que o produto ou o serviço vier a ter, pois o CDC tem um viés de proteção ao consumidor, parte presumidamente enfraquecida dentro da relação. Tanto é verdade que os serviços de busca têm a responsabilidade solidária desde que intermediem o contrato, independente de auferir lucro, o que se configura como uma extensão do entendimento de quem é o vendedor e da responsabilidade sobre o caso concreto. O serviço de busca na internet tem papel decisivo no marketing digital, visto que concentram anúncios, cupons de desconto e fornecimento de informações, caracterizando um serviço de grande utilidade na escolha dos produtos. Porém, vale ressaltar que a escolha final quanto à contratação de um produto ou serviço cabe ao consumidor, de forma que o STJ entende que o provedor de buscas não é responsável se não for parte intermediária.

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA VOLTADA, AO COMÉRCIO ELETRÔNICO. INTERMEDIÇÃO. AUSÊNCIA. FORNECEDOR. NÃO CONFIGURADO. 1. Ação ajuizada em 17/09/2007. Recurso especial interposto em 28/10/2013 e distribuído a este Gabinete em 26/08/2016. 2. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 3. **O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo.** 4. **Existência de múltiplas formas de atuação no comércio eletrônico.** 5. O provedor de buscas de produtos que não realiza qualquer intermediação entre consumidor e vendedor não

pode ser responsabilizado por qualquer vício da mercadoria ou inadimplemento contratual. 6. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1.444.008 RS 2014/0064646-0, Relator: Ministro NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/10/2016, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/11/2016) (Grifos nossos)

Porém, é importante aplicar o conceito de consumidor por equiparação também aos contratos virtuais, tendo em vista que este é todo aquele que venha a se prejudicar pelos eventos do contrato, mesmo que participe indiretamente e, pode sim, pleitear uma reparação civil em seu nome. Nesse contexto de revolução tecnológica onde a informação de se propaga de forma instantânea, não se pode descuidar da possibilidade vir a atingir terceiro estranho à relação contratual.

Interessante é o caso concreto publicado no *Informativo n. 500*, STJ, o qual demonstra uma violação ao direito de personalidade e à imagem do ofendido, cuja responsabilidade recai solidariamente tanto àquele que fornece informações com intenção de denegrir a vítima quanto ao site provedor de anúncios eróticos. E mais, tal responsabilidade do sítio não pode ser afastada por cláusula contratual, já que se configura de forma abusiva ao transferir o dano à vítima que não participa da formação do contrato, além de que esta tem o direito de personalidade, que é imprescritível e irrenunciável.

CDC. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVEDOR DE INTERNET. ANÚNCIO ERÓTICO. O recorrente ajuizou ação de indenização por danos morais contra a primeira recorrida por ter-se utilizado do seu sítio eletrônico, na rede mundial de computadores, para veicular anúncio erótico no qual aquele ofereceria serviços sexuais, constando para contato o seu nome e endereço de trabalho. A primeira recorrida, em contestação, alegou que não disseminou o anúncio, pois assinara contrato de fornecimento de conteúdo com a segunda recorrida, empresa de publicidade, no qual ficou estipulado que aquela hospedaria, no seu sítio eletrônico, o site desta, entabulando cláusula de isenção de responsabilidade sobre todas as informações divulgadas. **Para a Turma, o recorrente deve ser considerado consumidor por equiparação, art. 17 do CDC, tendo em vista se tratar de terceiro atingido pela relação de consumo estabelecida entre o provedor de internet e os seus usuários. Segundo o CDC, existe solidariedade entre todos os fornecedores que participaram da cadeia de prestação de serviço, comprovando-se a responsabilidade da segunda recorrida, que divulgou o anúncio de cunho erótico e homossexual, também está configurada a responsabilidade da primeira recorrida, site hospedeiro, por**

imputação legal decorrente da cadeia de consumo ou pela culpa in eligendo, em razão da parceria comercial. Ademais, é inócua a limitação de responsabilidade civil prevista contratualmente, pois não possui força de revogar lei em sentido formal. (STJ - REsp: 997993 MG 2007/0247635-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 21/06/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/08/2012) (Grifos nossos)

De mais a mais, o consumo virtual é extremamente casuístico, não dispondo de maiores análises legislativas ou doutrinárias, cabendo, deste modo, à jurisprudência a elucidação dos casos concretos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das particularidades que o direito do consumidor apresenta, até mesmo pelo tratamento jurídico diferenciado quando comparado aos negócios meramente civis, da demasiada quantidade de relações consumeristas travadas e da paralela – e simultaneamente convergente – associação do consumo com a constância tecnológica, a análise da responsabilidade civil nesta seara deve ser pautada com observação a todos esses pressupostos.

Além do mais, a responsabilidade dos fornecedores de bens e serviços contempla o consumidor enquanto parte vulnerável, motivo pelo qual, por si só, é suficiente para a análise da responsabilidade civil autonomamente.

Como se não bastasse, as transições tecnológicas nas relações virtuais – avassaladoras em muitos aspectos – exigem dos operadores do direito também transições, estas que quase nunca conseguem acompanhar aquelas. A dificuldade, na hipótese, reside em considerar não somente a responsabilidade civil na relação de consumo, e, conseqüentemente, todas as suas singularidades, mas também aliá-la à mutabilidade virtual, a fim de, casuisticamente – vez que inexistem parâmetros prévios gerais –, aferir a responsabilidade do consumidor.

A bem da verdade, ainda há muito para ser apreciado no que diz respeito à responsabilidade civil nas relações consumeristas, vez que estas não se resumem a avenças de relativa “facilidade jurídica”, sendo possível, inclusive, repercussão na esfera extrapatrimonial, o que estimula ainda mais a necessidade de maiores aprofundamentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF,

12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 05/02/2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 05/02/2022.

CASTRO FERREIRA, Ana Amélia Mena Barreto de. **Revista da EMERJ**. Volume 11, nº 42, 2008.

FILHO, Cavalieri, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4ª edição. Atlas, 2014.

Jr., THEODORO, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9ª edição. Forense, 2017

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 6ª edição. Atlas, 2013.

LOBO, Paulo. **Direito civil – Contratos**. 3ª edição, 3rd edição. Editora Saraiva, 2017.

MALHEIROS, Nayron Divino Toledo. **Contexto prático do art. 18 do CDC e da responsabilidade solidária dos comerciantes pelos vícios dos produtos**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3945>. Acesso em 05/02/2022.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Medeiros. **Direito do consumidor**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007.

MELO, Liana Holanda de. **Responsabilidade civil nas relações de Consumo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8371>. Acesso em 05/02/2022.

O Globo. **Ações de consumo somam quase metade dos 90 milhões de processos no judiciário**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/acoes-de-consumo-somam-quase-metade-dos-90-milhoes-de-processos-no-judiciario-10266371>> Acesso em 05/02/2022.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Eliandro. Os vários conceitos de Consumidor à luz da Doutrina e da Jurisprudência. Disponível em: <<https://eliandroegr.jusbrasil.com.br/artigos/417649195/os-varios-conceitos-de-consumidor-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia>> Acesso em 06/02/2022.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1395285 SP 2013/0147396-1. Relator: Ministro Nancy Andrighi. DJ: 12/12/2013. **STJ**, 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=%20REsp%201395285>>. Acesso em: 06/02/2022.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1634851 RJ 2015/0226273-9. Relator: Ministro Nancy Andrighi. DJ: 15/02/2018. **STJ**, 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576048&num_registro=201502262739&data=20180215&formato=PDF>. Acesso em: 06/02/2022.

STJ. INFORMATIVO Nº 500. STJ, 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea>>. Acesso em: 06/02/2022.

TARTUCE, F; NEVES, D. A. A; **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª edição. Ed. Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. 3 – Contratos**. 17ª edição. Atlas, 2016.