BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 922

(Ano XI)

(07/09/2019)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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.*

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

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

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

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

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

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

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: 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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

STF e anulação de processos relacionados à operação Lava – Jato: questão constitucional formal ou política disfarçada em técnica?

04/09/2019| Eduardo Luiz Santos Cabette.....05

ARTIGOS

Da responsabilidade civil no direito do consumidor: a distinção jurídica entre as responsabilidades "pelo fato do produto" e "pelo vício do produto"

06/09/2019| Raquel Silvestre Matoso Venesia 13

A aplicabilidade da guarda compartilhada no Estado de Minas Gerais/Brasil: características e espacialização

06/09/2019 | Roselaine Lopes Toledo.....32

Isenção fiscal na zona franca de Manaus: PIS e COFINS na comercialização de pneus importados

06/09/2019| Suianne Parente Costa 59

A definição da responsabilidade individual nos crimes de autoria coletiva na etapa de recebimento da denúncia e para a condenação

06/09/2019| Felipe Almeida Garcia Santos 86

Aviltamento de honorários advocatícios e o uso das plataformas digitais para correspondentes jurídicos: desespero ou oportunismo?

05/09/2019| Giovanna Ferreira Maia 100

Recuperação de Empresas

05/09/2019| Sayonara Magalhães Nunes 111

O debate entre Dworkin e Hart e a discricionariedade judicial

05/09/2019| Gabriela Mosciaro Padua 125

Controle concentrado de constitucionalidade face às reações legislativas que superam a jurisprudência constitucional

04/09/2019| Larissa Gama Louback 131

Análise econômica do instituto da desconsideração da personalidade jurídica

04/09/2019| Felipe Almeida Garcia Santos 153

A viabilidade da redução da maioridade penal dentro do ordenamento jurídico brasileiro vigente

04/09/2019| Mariana De Mattia Rocha 182

Previdência Complementar: PEC nº 6/2019, no contexto previdenciário atual e a tributação do Imposto de Renda

04/09/2019| Edson Sebastião de Almeida 211

Eutanásia no Direito Penal

03/09/2019| Roque Ortiz Junior 287

Arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro: características gerais e relevância do processo para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis

03/09/2019| Ana Luísa Nogueira Moreira 303

A importância das ações de investigação judiciais eleitorais

03/09/2019| Sayonara Magalhães Nunes 328

Feminicídio no Estado do Amazonas: estudo das causas e consequências em face da Lei nº. 13.104/2015

03/09/2019| Emilly Catarine Farias Nery 340

É possível a interceptação telefônica por prazo superior ao legal?

03/09/2019| Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior 373

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Parcerias Público-Privadas: aspectos gerais e relevância das garantias desse modelo de contratação da Administração Pública brasileira

02/09/2019| Ana Luísa Nogueira Moreira 378

A Ética como limitação à liberdade econômica

02/09/2019| José Costa de Moraes Junior 403

O conceito de funcionário público para fins penais- um giro pela jurisprudência dos tribunais superiores

02/09/2019| Rhaila Carvalho Said 414

Da tomada de decisão apoiada: novo instrumento de proteção da pessoa com deficiência

02/09/2019| Raquel Silvestre Matoso Venesia 430

Direito previdenciário: os critérios para concessão e suspensão da aposentadoria por invalidez

02/09/2019| Sayonara Magalhães Nunes 466

A insegurança jurídica do trabalhador rural com as horas "in itinere"

02/09/2019| Felipe Rebelo 479

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

STF E ANULAÇÃO DE PROCESSOS RELACIONADOS À OPERAÇÃO LAVA – JATO: QUESTÃO CONSTITUCIONAL FORMAL OU POLÍTICA DISFARÇADA EM TÉCNICA?

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

Por maioria, a 2ª. Turma do STF anulou a sentença do caso julgado pelo então Juiz Federal Sérgio Moro, referente ao réu Aldemir Bendine. [1] A fundamentação da decisão se atém a um aspecto formal do procedimento, ligado aos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, ambos corolários do Devido Processo Legal.

Ocorre que havia corréus delatores e no momento das alegações finais, o Juiz abriu prazo comum para sua oferta. Entendeu o STF que, em sendo os delatores também réus, mas apresentando-se como uma espécie de figura híbrida, que também aduz imputações contra o outro corréu, o procedimento mais garantidor dos Princípios Constitucionais sobreditos seria a abertura inicial de prazo para alegações do Ministério Público, em seguida para os réus colaboradores e somente ao final para o réu Aldemir Bendine. Sendo os prazos comuns, poderia haver prejuízo para a defesa de Bendine ao não ter conhecimento, quando da elaboração de suas alegações, do que seria tratado nas alegações dos corréus colaboradores.

Esse tipo de questionamento não é nenhuma novidade no Processo Penal brasileiro. A doutrina e a jurisprudência, mesmo antes da existência em nossa pátria do instituto da colaboração premiada, já discutiam a questão de possibilitar a contradição do réu acusado por outro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Uma revisão histórica faz-se necessária para compreender o quão antiga é essa discussão.

O Código de Processo Penal, na sua versão original de 1941, estabelecia que o ato de Interrogatório era "exclusivo do Juiz", não podendo as partes fazerem quaisquer indagações. Esse modelo sempre foi objeto de críticas e acoimado de "inquisitorial".

Entretanto, discutia-se a situação em que um corréu proferisse imputações prejudicais a outro corréu. Nesse caso, parte da doutrina e da jurisprudência já afirmava que, mesmo no modelo original de 1941, haveria uma exceção em que o corréu mencionado pelo outro, teria direito de, por meio de seu defensor, formular indagações no momento do interrogatório. O fundamento tinha sustento nos mesmos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

O modelo de interrogatório exclusivo do magistrado, por essa e outras críticas, acabou sendo alterado pela Lei 10.792/03, permitindo-se no artigo 188, CPP a formulação de perguntas pelas partes (acusação e defesa) após as indagações do magistrado. Com isso, a discussão sobre a possibilidade de perguntas no caso de corréus que se acusam, findou resolvida, já que em qualquer caso, seja com acusações mútuas ou não, poderão ser formuladas perguntas pelas partes no ato do interrogatório.

Entretanto, também seria consequência dessa visão em que um corréu faz imputações ao outro a possibilidade de que, no momento ulterior de apresentação das alegações finais, aquele que fez imputações tivesse prazo anterior ao que as recebeu, sempre em homenagem e cumprimento aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Afinal, é regra processual geral aquela de que quem se defende deve atuar sempre por último na dialética. E isso não pode ser considerado como qualquer espécie de "novidade". Até mesmo fisicamente é sabido que quem ataca age primeiro e quem se defende *reage*, ou seja, age posteriormente. A regra processual que determina que a defesa feche a dialética, nada mais é do que a transposição teorética para o processo de um fato natural.

A discussão é então muito antiga e pode-se afirmar que se acirra ainda mais com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual deu imenso destaque ao Princípio do Devido Processo Legal e seus corolários básicos da Ampla Defesa e do Contraditório.

O surgimento da inicialmente chamada "Delação Premiada" no Brasil, mediante utilização de modelos estrangeiros, tais como a anglo – saxã "Plea Bargaining" ou o instituto Continental (Italiano) do "Pentitismo", somente fomentou ainda mais essa antiga questão.

A "Delação Premiada" foi instituída no Brasil inicialmente pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) limitada a casos de quadrilha para a prática de crimes hediondos ou equiparados (art. 8°, Parágrafo Único).

Também na Lei 8137/90, através da Lei 9080/95, foi incluído um Parágrafo Único no artigo 16 daquele diploma legal, prevendo redução de pena de um a dois terços para o coautor ou partícipe que revelasse espontaneamente, em sede de confissão, toda a trama criminosa. Agora também seriam abrangidos os Crimes contra a Ordem Tributária.

Depois foi novamente prevista na Lei 9034/95 (Primeira Lei de Crime Organizado) (art. 6°).

A Lei 9269/96 ampliou a aplicação da delação premiada a quaisquer casos de extorsão mediante sequestro, com a inserção do § 4° do art.159, CP, pois pelas disposições anteriores, somente poderia ocorrer nos casos de quadrilha (Lei 8072/90) ou Organização Criminosa (Lei 9034/95). No § 4° incluído pela Lei 9269/96, qualquer caso de concurso passou a ser abrangido. [2]

Surgiu posteriormente ainda a Lei 9807, de 13 de Julho de 1999, que dispõe sobre a proteção às vítimas, testemunhas e acusados que colaboram no esclarecimento de crimes. Essa lei, em seus artigos 13 e 14, ampliou grandemente o campo de aplicação da delação premiada, que agora não se restringe às quadrilhas (associações criminosas) de crimes hediondos, crime organizado e extorsão mediante sequestro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Finalmente vêm a lume a Lei 12.850/13, nova Lei do Crime Organizado, que revoga expressamente a antiga Lei 9034/95, passando a regulamentar pormenorizadamente o instituto da "Delação Premiada", agora com a nova terminologia de "Colaboração Premiada".

Entretanto, embora fosse conhecida a celeuma acerca da ordem de oferta de alegações pelos réus que acusam outros réus, seja em sede de colaboração ou não, fato é que a Lei 12.850/13 foi omissa em estabelecer uma regra para a ordem dessas alegações, fosse prevendo dispositivo em seu corpo, fosse promovendo alguma alteração no Código de Processo Penal.

Dessa forma, continuou a velha controvérsia: afinal, as alegações poderiam ser contemporâneas ou deveriam ser subsequentes, manifestando-se primeiramente os réus colaboradores e só ao final os réus não colaboradores?

A lacuna legal deixou o procedimento à interpretação dos magistrados que, em sua maioria, determinava a abertura de prazo contemporâneo para as defesas.

A decisão do STF, portanto, vem solver uma antiga celeuma processual penal e constitucional, dando respaldo justificável tecnicamente ao Devido Processo Legal e seus Princípios derivados da Ampla Defesa e do Contraditório.

O problema dessa decisão do STF não está, portanto, no seu aspecto técnico – jurídico, o qual, aliás, parece ser escorreito. Acontece que não se pode conviver com a mentalidade herdada do Positivismo, a qual defende a possiblidade de que tecnocratas atuem com base exclusiva em critérios técnico – científicos, de forma absolutamente imparcial e isenta ou neutra. Essa herança maldita de uma crença fanática na técnica e no cientificismo, nos torna cegos e ingênuos ao ponto de não percebermos que a própria postura infensa à ideologia apregoada pelos positivistas, olvida e oculta que o próprio Positivismo não passa de outra ideologia dentre tantas, senão de uma concepção praticamente religiosa e dogmática.

Não é possível, considerando as circunstâncias que rodeiam a decisão do STF, acreditar que esta foi tomada somente tendo em conta a "imaculada" intensão de proteger o Devido Processo Legal e demais princípios constitucionais

garantidores de um processo justo e democrático, com base somente na técnica jurídica.

Isso é impossível, salvo para alguém totalmente iludido e fora de sintonia com o que acontece ao seu redor no mundo social e político.

Como visto, o STF teve oportunidade por muitos anos, melhor dizendo, por muitas décadas, de enfrentar essa questão, mesmo antes que a colaboração premiada fosse utilizada no Brasil. Inobstante, nossa Corte Suprema se manteve silente. Ainda que se considere somente o lapso temporal da edição da Lei 12.850/13, há pelo menos 6 anos de inércia a serem atribuídos ao STF quanto ao tema. Isso sem contar, o que já ocorria desde a origem da então chamada ainda "Delação Premiada", desde 1990, ou mesmo antes disso, com relação aos interrogatórios em que corréus se acusavam uns aos outros. Esse silêncio eloquente da Corte Suprema, inclusive pode ser uma das causas pelas quais a grande maioria dos magistrados brasileiros não se atenta para essa ordem das alegações finais, seja quando corréus se acusam, ainda que não haja colaboração premiada, seja nos casos de colaboração premiada. O silêncio da Lei Ordinária e a inércia do STF, suposto guardião da Constituição e seus princípios básicos, certamente foi sempre um indicativo de que não havia ilicitude e muito menos inconstitucionalidade no procedimento adotado reiteradamente.

É claro que o fato de a Lei Ordinária ser omissa não impede que o procedimento seja corrigido com base no cumprimento de Princípios Constitucionais (Ampla Defesa e Contraditório) que estão hierarquicamente acima da legislação comum. O que não é compreensível é que o STF tenha, por décadas, permanecido inerte e, repentinamente, se aperceba de uma inconstitucionalidade que, na verdade, macula a grande maioria dos processos nas condições em destaque.

Não é possível comprovar, mas o que parece, o que, na verdade, transparece, é uma ação ardilosa sob o ponto de vista moral e até mesmo jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Acontece que o mesmo STF decidia reiteradamente que a prisão de uma pessoa, salvo se presentes os motivos e requisitos da Prisão Preventiva, somente poderia se dar após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Esse trânsito sempre foi considerado o julgamento de todos os recursos nas esferas ordinária e extraordinária. Num dado momento, em casos rumorosos, altera-se o posicionamento e passa-se a admitir o cumprimento da pena após a decisão de segundo grau, mesmo pendendo outros recursos. Parece que foi uma alteração na interpretação técnica, motivada pela pressão social diante da impunidade de potentados. Novamente, não podemos nos iludir com contos de fada positivistas.

Com essa decisão muitos foram presos, alguns da vala comum, outros de destaque no cenário político e econômico brasileiro. Quando ocorre a mesma situação com o Político Luiz Inácio Lula da Silva, nitidamente se verificou um movimento tímido de hesitação no STF, tendo em conta a dimensão da influência do condenado. Entretanto, logo foi percebido que uma mudança brusca no entendimento, mantendo Lula solto, seria alvo de imensa mobilização e revolta nacional. O STF então se manteve em sua posição antecedente.

Mas, parece que o desejo de desencarcerar a maior figura presa em virtude da chamada Operação Lava – Jato nunca abandonou pelo menos a maioria dos Ministros daquela Corte.

Portanto, o surgimento dessa decisão de anulação de um caso bem mais obscuro da Lava – Jato, mas com nítida possibilidade de repercussão no caso do destacado político Lula, não parece ser algo que se sustente apenas ou nem mesmo preponderantemente na técnica jurídica. Fato é que tal decisão somente é tomada em um momento de fragilidade política do governo atual, que é oposto ao lulismo. A manobra nacional e internacional de difamação do atual Presidente da República quanto à questão ambiental, fragilizando sua posição interna e externamente; o atrito real ou imaginário, mas divulgado abundantemente pela mídia, entre o Presidente da República e o Ministro Sérgio Moro (figura de destaque incontestável na Lava – Jato), causado pela interferência do primeiro na Polícia Federal; o arquivamento de caso envolvendo suspeitas contra um dos filhos do Presidente,

entre outras questões, que, ao menos aparentemente, geram uma situação de maior fragilidade política no atual governo, parece que se apresentaram para os Ministros do STF como o momento esperado para poder deflagrar uma espécie de dispositivo incendiário que, de um pequeno foco (caso Bendine) pode ensejar a queima de diversos processos importantes, dentre os quais o mais relevante, ou o que tem o personagem mais relevante para a esquerda nacional, qual seja, o processo de Lula. [3]

Acaso o STF anule também o processo de Lula e mande voltar ao primeiro grau para alegações e nova decisão, a Suprema Corte estará livre de seus grilhões autoimpostos quanto à prisão em segunda instância. Ora, o caso voltará à primeira instância e, salvo no caso de necessidade de decreto de Prisão Preventiva, imporá a soltura do mais destacado réu da Operação Lava – Jato. Afora o efeito de que toda a Operação praticamente desmoronará como em cinzas. Tenha-se ainda em mente o aumento considerável de possibilidades de prescrição e absoluta impunidade de muitos e muitos réus, inclusive o próprio Lula, o qual, como os demais, estará livre para, inclusive, utilizar politicamente essa liberação como se significasse sua inocência, quando, na verdade, será fruto tão somente de manobras judiciais e consequências do reconhecimento de extinção de punibilidade por decurso do tempo.

O mínimo que se espera é que o STF reveja essa decisão em plenário e, ainda que a mantenha no caso isolado, *module seus efeitos* para os processos vindouros, sem aplicação retroativa, a qual teria efeitos catastróficos. Isso porque não nos parece que, ao contrário da aparente ideia de alguns componentes da Corte Suprema, a desidratação ou queima da Lava – Jato e a soltura de seu principal réu, passarão em branco diante da população brasileira. A fragilidade do governo não parece ser suficiente para isso e, ainda que essa fragilidade seja tão imensa quanto se imagina, não deveriam os Senhores Ministros confundir o *Estado brasileiro*, com a *Sociedade Civil brasileira* e muito menos com o *Povo brasileiro*. Estes, ao que se sente, não mais podem ser ludibriados tão facilmente, de forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que provavelmente haverá reações extremadas e indignadas à percepção de uma impunidade generalizada.

NOTAS:

---

[1] FERNANDES, Augusto. STF anula sentença de Moro que condenou ex – presidente da Petrobrás. Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/08/27/interna_politica,779447/stf-anula-sentenca-de-moro-que-condenou-ex-presidente-da-petrobras.shtml, acesso em 29.08.2019.

[2] Usa-se a expressão "quadrilha ou bando" porque as legislações da época a utilizavam. O artigo 288, CP tinha o "nomen juris" de "Quadrilha ou Bando". Atualmente a terminologia correta seria "Associação Criminosa", novo "nomen juris" estabelecido para o artigo 288, CP pela Lei 12.850/13.

[3] KADANUS, Kelli, ABRÃO, Camila. Decisão do STF sobre Bendine pode levar à anulação da sentença contra Lula. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/republica/decisao-stf-bendine-levar-anulacao-sentenca-contra-lula/, acesso em 29.08.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR: A DISTINÇÃO JURÍDICA ENTRE AS RESPONSABILIDADES "PELO FATO DO PRODUTO" E "PELO VÍCIO DO PRODUTO".

Raquel Silvestre Matoso Venesia, o autor: bacharel em direito, advogada com registro cancelado a pedido, analista de Direito no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: O Código de Defesa do Consumidor introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de responsabilização dos fornecedores de produtos e serviços em razão de condutas distintas. Esta distinção tem como pressuposto a avaliação da natureza jurídica da atividade comercial/empresarial desenvolvida pelo fornecedor, se fornecedores de mercadoria ou prestadores de serviços, bem como acerca da distinção da origem de vício. A relevância dessa distinção surge a partir do momento em que a responsabilidade por fato do produto ou do serviço, disciplinada nos artigos 12 a 17 da Lei n.º 8.078/90 enquanto a responsabilidade por vício do produto ou do serviço estão previstas nos artigos 18 a 23 da mencionada legislação. A presente artigo busca analisar características legislativas introduzidas pela Lei 8.078/90 no que diz respeito à distinção jurídica entre a responsabilidade pelo fato do produto e a responsabilidade pelo vício do produto.

Palavras Chave: Direito do Consumidor – responsabilidade – circulação de mercadorias – produção – vício.

ABSTRACT: *The Consumer Defense Code introduced into the Brazilian legal system the possibility of liability of suppliers of products and services due to different conduct. This distinction presupposes the assessment of the legal nature of the commercial / business activity developed by the supplier if goods suppliers or service providers, as well as about the distinction of vice source. The relevance of this distinction arises from the moment in which the liability for fact of the product or service, disciplined in articles 12 to 17 of Law no. 8.078 / 90 while the liability for product or service defect is foreseen in articles 18 23 of that legislation. This monograph seeks to analyze legislative features introduced by Law 8.078 / 90 regarding the legal distinction between the responsibility for the fact of the product and responsibility for the defect of the product.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Keywords: Consumer Law - Accountability - movement of goods - production - addiction.

INTRODUÇÃO

As mudanças ocorridas na sociedade, notadamente após a Revolução Industrial, caracterizadas pelo aumento do consumo de produtos e serviços, marcam o nascimento e o desenvolvimento do Direito do Consumidor no Brasil.

Essa nova realidade social, mais industrializada e consumista provocou a necessidade de se tutelar as relações travadas entre os fornecedores e os consumidores desses produtos e serviços.

Nesse contexto, adveio o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90, cujo objetivo é restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo, mormente pela condição de vulnerabilidade atribuída ao consumidor frete ao poderio financeiro do fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor, partindo da premissa de ser o consumidor a parte mais fraca da relação contratual, impõe aos fornecedores de produtos e serviços, atuação limitada pelo princípio da boa-fé, responsabilizando-os pelos danos causados aos consumidores, de modo a combater os abusos decorrentes da atividade empresarial.

Nessa linha, o legislador consumerista adotou, como sistema geral, a responsabilidade civil objetiva, independente de culpa, onde o fornecedor, por auferir lucro em razão de sua atividade empresarial, responde pelos ônus causados por essa atividade. Assim, o consumidor terá que provar apenas o dano e o fato que o gerou, não havendo que se falar em culpa do fornecedor.

Entre as hipóteses de responsabilidade civil previstas no Código da Defesa do Consumidor, temos a responsabilidade por fato do produto ou do serviço, disciplinada nos artigos 12 a 17, e a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, prevista nos artigos 18 a 23 da mencionada legislação, sendo, neste último

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

caso, a responsabilidade definida como responsabilidade solidária, que será objeto de estudo mais detalhado no presente trabalho.

Ou seja, o fornecedor – aqui entendido como 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 (artigo 3º) - fica responsável pelas garantias dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo tanto pela qualidade, quanto pela segurança deles.

Da análise dos supracitados artigos, infere-se que no *caput* do artigo 18, o legislador definiu a responsabilidade solidária dos fornecedores quanto aos vícios do produto e do serviço

Dessa forma, a norma disposta no artigo 18 aloca todos os envolvidos na cadeia de produção e circulação de produtos como responsáveis diretos pelo seu vício (o comerciante, o fabricante, o incorporador da peça etc), de modo que o consumidor poderá ingressar na justiça contra qualquer um deles para exigir seus direitos.

Trata-se, sem dúvida, de poderoso instrumento de salvaguarda dos direitos do consumidor, que ganha contornos diferenciados quando envolve fato do produto.

Isso porque, o artigo 12 do citado Código não fala em fornecedor como gênero, mas especifica que a responsabilidade por defeito do produto, quando este não oferece a segurança que dele se espera, será do fabricante, do produtor, do construtor nacional ou estrangeiro e do importador, excluindo a figura do comerciante, que somente será responsável quando não houver a possibilidade de identificação dos fabricantes ou importadores e quando houver má conservação de produto perecível (artigo 13).

Tal especificação sinaliza que, no caso de defeito do produto, a solidariedade somente se estabelece em relação aos entes expressamente nominados no artigo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

12, o que limita o consumidor no seu direito de buscar o ressarcimento pelos danos a ele causados.

Desse modo, de suma importância o estudo e análise da responsabilidade dos envolvidos na cadeia de produção e circulação de produtos e serviços, haja vista que a responsabilidade solidária pelo fato do produto tem limites rígidos estabelecidos na lei e se diferencia de outros casos de responsabilidade tratados no Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, com esse artigo, pretende-se acrescentar conhecimento sobre a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, forma eficaz de garantir a segurança e os direitos básicos do consumidor.

1 - A Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor.

1.1 Evolução histórica do Direito do Consumidor no Brasil.

No Brasil, os primeiros indícios legislativos ou normativos que de alguma forma protegiam os consumidores remontam às Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916.

Também foi importante para a implementação na legislação brasileira de conceitos e institutos consumeristas o Código Comercial brasileiro, Lei 556/1850, que, de forma esparsa, disciplinava sobre direitos relativos a juros contratuais e criminalização da usura. Como exemplo podem ser citados os artigos 206, 213 e 253 daquela Legislação Imperial.

Com clara inspiração no Código Comercial, surgiu legislação própria o Decreto 22.626/1933, também chamada de Lei de Usura, ainda vigente, regulamentou os juros nos contratos comerciais e tipificou condutas delituosas.

Não obstante o claro viés nacionalista e liberal, a Constituição da República de 1934 fixou competência exclusiva da União para legislar sobre normas gerais de trabalho, produção e consumo, com expressa possibilidade de inserir limitações exigidas pelo interesse público.

Conceitos de existência digna, economia popular, desenvolvimento, liberdade econômica e vedação de usura também foram inseridos de forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vigorosa e clara na Constituição de 1934, com a inclusão de um Título para tratar especificadamente sobre "Ordem Econômica e Social":

Também são de relevante contribuição para fortalecimento dos direitos consumeristas no Brasil os Decretos-Lei 869/38 e 9.840/46 que, de forma não exclusiva, criam regramentos e tipificavam os crimes contra a economia popular, e cuja relevância do tema fez surgir em 1951 legislação específica em vigente até a presente data, conhecida como Lei de Economia Popular – Lei 1.521/1951.

O próprio CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, criado pela Lei n° 4.137/62, conhecida como Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico, sendo inquestionável que suas originárias disposições legais que buscavam fiscalizar a gestão econômica e regime de contabilidade das grandes empresas indiretamente beneficiava o consumidor.

Sob o Governo Militar, a Constituição de 1967 expressamente fixou a competência da União para legislar sobre produção e consumo (artigo 8º, inciso XVII, alínea "d"), mas nada dispôs sobre garantias constitucionais dos consumidores no trecho que tratava da ordem econômica (artigo 157).

A Lei de Ação Civil Pública – Lei 7.437/85 – expressamente introduziu o a proteção aos consumidores a à ordem econômica, antes da promulgação da Constituição da Republica de 1988, ainda que de forma difusa e coletiva, constante aos danos causados aos consumidores, conforme consignado nos incisos II da redação original do artigo 1º da referida Lei:

A efetiva e especifica tutela aos consumidores, quer de forma difusa e coletiva quer de forma individual surge em 1988 com a promulgação da chamada Constituição Cidadã, e posteriormente se consolida em 1990, com um sistema legislativo próprio, o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90.

Não obstante serem indiscutíveis a relevância, abrangência e efetividade da Lei 8.078/90, é importante a crítica de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves sobre efeitos contrários que a abundância de sujeitos e excessos de fatores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor podem nas relações jurídicas comerciais tuteladas por este Diploma.

1.2. Da responsabilidade civil nas relações jurídicas tuteladas pelo Código de Defesa dos Consumidores.

Para caracterização da responsabilidade civil, e do dever de indenizar, é necessária a demonstração da presença concomitante de três elementos jurídicos essenciais: a presença de um ato ilícito ou antijurídico comissivo ou omissivo, praticado mediante culpa ou dolo civil, relação de causalidade e os danos material ou imaterial sofrido pela vítima.

Inexistindo demonstração da presença de algum destes elementos jurídicos, não será admitida a responsabilização do suposto agente e consequentemente inexistirá dever de indenizar.

O Código Civil de 2002 inseriu no artigo 186 o elemento "culpa" como critério indispensável para caracterização da responsabilidade civil subjetiva. O conceito de culpa empregado neste artigo é gênero, abrangendo condutas culposas como também dolosas:

Portanto, em uma relação jurídica entre particulares, a vítima somente terá seus prejuízos ressarcidos se restar comprovada, além da presença dos três elementos supracitados, a efetiva presenta da culpa do agente.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor exige a comprovação da culpa por parte do consumidor somente nas relações consumeristas relativas às atividades dos profissionais liberais, como se percebe da regra inserida do §4º do Artigo 14.

Sob este aspecto, a responsabilidade subjetiva nas relações de consumo entre profissional liberal e o tomador de serviço somente estará presente, no microssistema de defesa do consumidor, nos casos responsabilidade pelo fato do serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ou seja, nas situações jurídicas referenciadas no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, inserem-se apenas os de serviços de profissionais liberais cuja responsabilidade será apurada mediante verificação de culpa.

Segundo Zelmo Denari (Forense Universitária, 2005. Pág. 193) esta diferenciação é justificável em razão da natureza personalíssima dos serviços prestados por estes profissionais, vez que são contratados ou constituídos exclusivamente em razão da confiança que causam aos seus clientes.

Assim sendo, nas relações jurídicas submetidas ao tratamento do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente aquelas relativas aos profissionais liberais, conforme artigo. 14, §4º, somente surgirá o deve de indenizar ou reparar danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

De outra parte, apesar da Lei nº 8.078/90 ter afastado, para as atividades ligadas aos profissionais liberais, a responsabilidade objetiva, é importante frisar que se aplica de toda mesma forma o princípio da inversão do ônus da prova, incumbindo ao prestador de serviços eventualmente comprovar que não cometeu equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de suas atividades.

Já a responsabilidade civil objetiva possui previsão legal genérica no Artigo 927 do Código Civil de 2002 que, reportando-se expressamente aos artigos 186 e 187 do mesmo diploma, afirma que, qualquer pessoa, natural ou jurídica, será obrigada a reparar os danos que causar.

Em complementação a referida norma, o parágrafo único do Artigo 927 do CC/2002 estabelece previsão legal, segundo a qual em casos específicos e também previamente previstos em lei, será possível pleitear a reparação de danos, independente de culpa do agente causador do prejuízo, em razão de atividade por ele desenvolvida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como dito, referida norma inserida no parágrafo único do Artigo 927 do Código Civil de 2002 traz expressamente a possibilidade de se responsabilizar alguém por prejuízos, independente de comprovação de culpa na pratica de ato ilícito ou antijurídico, em casos expressamente previstos em lei e em função de terminada relação jurídica.

O que se vê com o Código de Defesa do Consumidor, que também traz expressa previsão legal no sentido de impor ao causador do dano a obrigação de reparar prejuízos sofridos pelo consumidor, independentemente de culpa, desde que a relação jurídica originária seja uma relação de consumo para todos os efeitos.

Diferentemente do que exigido pelo Código Civil, no que diz respeito à exigência da prova da culpa a ser demonstrada por aquele que alega ter sofrido prejuízos, na relação meramente consumerista esta prova é desnecessária, sendo bastante a comprovação do dano sofrido pelo consumidor/ofendido e sua extensão.

Essa é a normatização inserida nos artigos 12 e 14 do CDC.

Referidos dispositivos legais objetivam resguardar, de forma diferenciada, os interesses do consumidor que, normalmente, é a figura hipossuficiente da relação de consumo, propondo-se a impedir abusos dos prestadores de serviços comerciantes e fabricantes de produtos, que são, inquestionavelmente, a parte visivelmente mais fortes desta relação jurídica.

Assim, reclamada e demonstrada a existência de um dano por parte de um consumidor, sempre e necessariamente originada de uma relação de consumo constatado, bem como demonstrada a extensão deste dano, caberá àquele responsável pela inserção do produto ou serviço na cadeia de consumo a sua reparação, sendo desnecessária a comprovação pelo consumidor da culpa pelo agente.

Nesse sentido, qualquer mercadoria colocada na cadeia e mercado de consumo, ou o serviço prestado de forma profissional e continuada, deve receber condições mínimas de qualidade, de forma a impedir que o consumidor sofra

prejuízos, sob pena de incorrer o comerciante ou empresário nas situações previstas nos artigos.12 e 14 do CDC.

Deste modo, o fornecedor, comerciante ou empresário, responderá, independentemente de comprovação de culpa por suas condutas antijurídicas, por todos os danos causados aos consumidores, sob o amparo da teoria do risco empresarial, que transfere àquele a obrigação de assumir o dano em razão da atividade que realiza. Vejamos as palavras do Professor Sergio de Cavalieri a respeito do tema:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco do negócio. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Pelo exposto, temos que a intenção subjetiva ou conduta culposa do empresário que redunde em uma conduta antijurídica é irrelevante para as relações jurídicas protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor, pois não são elementos determinantes para a constatação da existência da responsabilidade civil e do dever de indenizar, já que, existindo ou não a pretensão de lesar, estando demonstrada a existência do prejuízo, o seu causador será obrigado a repará-lo.

1.3. Definição de cadeia de produção e circulação de mercadorias e a Responsabilidade no Direito do Consumidor

Cadeia produtiva ou de fornecimento, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, pode ser definido como o conjunto de etapas de produção, consecutivas e progressivas, através das quais as matérias primas e mão de obra vão se transformando e assemblando, até que se constitua um produto final, de bem ou serviço, incluindo o transporte das mercadorias e venda em estabelecimento comercial físico ou virtual até a efetiva entrega do produto ao consumidor A Cadeia Produtiva engloba todas as etapas da produção de um bem.

O conceito de cadeia de fornecimento carrega o conceito de que um produto, ou serviço, é uma sequência de etapas desenvolvidas em diversas etapas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interligadas direta ou indiretamente, de forma a criar uma sequência que vem desde a extração da matéria prima até a distribuição e comercialização ao consumidor final.

Ademais, a cadeia de fabricação necessariamente é constituída por várias empresas ou produtores, onde cada etapa é desenvolvida por um fornecedor ou por um conjunto de empresas que, após o devido planejamento, produzem um bem ou serviço.

Dai decorre o conceito que as cadeias de produção se caracterizam pela capilaridade da produção, de modo que a venda de um produto final dependa das atividades de vários sujeitos e personagens anteriores, inclusive mão de obra e subcontratações.

Sem explicitar ou conceituar terminologias para fins de sua aplicação, o que parece correto no caso concreto, o Código de Defesa do Consumidor introduziu em seu artigo 25, e parágrafos, impotente disposição importante legal aplicável tanto aos defeitos quanto aos vícios do produto e do serviço.

Apesar do relevante direito inserido no *caput* do referido artigo, que proíbe, em qualquer relação de consumo, a inserção de cláusulas que afastem ou atenuem a responsabilidade dos fornecedores, o presente estudo se foca sua atenção nas importantes disposições legais contidas nos parágrafos primeiro e segundo.

No parágrafo primeiro está inserida importante regra que expressamente consigna a responsabilidade solidária de todos os participantes da cadeia de produção de determinado produto ou serviço de determinado bem responsáveis pelo dano, o que de certa forma já estava presente no enunciado do parágrafo único do artigo 7º também do Código de Defesa do Consumidor.

Por sua vez, o parágrafo segundo do artigo 25 deixa claro que não há hipótese, nas relações comerciais e jurídicas regradas pelo Código de Defesa do Consumidor, de exclusão ou atenuação de responsabilidades dos fornecedores de produtos ou mercadorias, ainda que se tratem apenas de uma pequena parte de uma cadeia de montagem ou serviço complexo, ficando inquestionável a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

solidariedade se o dano for causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, sendo que nesse caso serão solidários: fabricante, construtor, importador, transportador, vendedor etc.

Ficou, portanto, demonstrado pelo exposto até o momento, que a evolução legislativa da proteção do consumo e do consumidor foi se intensificando ao ponto de tornar-se o sistema legal consumerista uma garantia constitucional e uma legislação codificada, que buscou ampliar ainda mais a proteção do elo mais frágil da cadeia de consumo e produção, mas que é, por outro lado, o detentor do "insumo" mais relevante desta cadeia, que é exatamente o recurso financeiro para executar e concluir o consumo.

Estabeleceu-se que o fornecedor não ficará isento de responsabilidades mesmo que desconheça o vício de qualidade por inadequação no produto ou no serviço e mesmo que o vício tenha origem um pequeno componente produzido por terceiros. Sendo a responsabilidade objetiva do fornecedor é a regra vigente nas relações jurídicas consumeristas, não será necessário em caso de constatação do dano sofrido pelo consumidor, perquirir a fundo elemento culpa em sentido amplo, que engloba dolo e culpa, bastando que seja identificado o responsável para que haja o dever de indenizar.

2. Distinção entre a responsabilidade pelo fato do produto e pelo vício do produto.

As relações jurídicas comerciais merecem tutela especifica pois ocorrem a todo momento no cotidiano em todo o planeta, impulsionado nos últimos nos pelo comercio eletrônico que impõem desafios para ajustar a nova realidade da convivência entre os sujeitos desta relação, com nosso ordenamento jurídico.

Para que a tutela seja realizada sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, é indispensável a presente, nestas relações comerciais, de sujeitos que se enquadrem nos conceitos legais de consumidor e fornecedor, além da presença do concreto fornecimento de um produto ou serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como dito supra, no ordenamento jurídico brasileiro, diante da extrema relevância e frequência destas relações jurídicas consumeristas, o legislador entendeu por bem alçar a proteção ao consumidor, e ao consumo, à posição de garantia constitucional, recebendo o consumidor, tal qual legalmente classificado, um tratamento especial por ser a parte mais vulnerável desta relação contratual.

Fica evidente, desta forma, que nas relações de consumo não há igualdade entre os sujeitos do contrato, diferentemente do que ocorre na maioria das relações jurídicas.

Portanto, o consumidor passou a receber uma tutela específica e diferenciada, tanto de forma individual quanto coletiva, tanto é que, como já dito supra, a proteção deste sujeito de direitos foi alçada a garantia constitucional.

O legislador do Código de Defesa do Consumidor sentiu e percebeu a premente necessidade se se criarem mecanismos de forma a garantir e elastecer a gama de meios de defesa ao consumidor, criando e modificando, para tanto, mecanismos processuais específicos para garantir a mais prática e acessível forma de reclamar perante os órgãos competentes quando tiverem seus direitos desrespeitados em uma relação consumerista.

Como exaustivamente demonstrado acima, dentre as medidas mais efetivas introduzidas pelo legislador consumerista está a previsão da responsabilidade solidária da cadeia de fornecimento perante o consumidor, contidas de forma geral no art. 7º, parágrafo único, e nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 25.

As responsabilidades dos fornecedores de serviços e produtos pelas relações consumeristas abrange tanto os fatos do produto e do serviço como também os vícios do produto e do serviço.

Estudar com clareza os efeitos e consequências de cada uma destas modalidades de responsabilização é de extrema relevância considerando as nuanças e sutilizes que distinguem cada uma delas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Primeiramente, destaca-se que responsabilidade pelo fato do produto está positivada na Seção II do Código de Defesa do Consumidor, entre os artigos 12 a 17.

Por outro lado, a responsabilidade pelo vício do produto foi tratada na Seção III do Código de Defesa dos Consumidores, entres os artigos 18 e 25:

O que irá diferenciar substancialmente a ocorrência de vício do produto ou fato do produto será o desdobramento verificado após a constatação do defeito ou vício.

Ocorrerá o vício do produto quando da constatação do defeito não gerar desdobramentos concretos além do produto ou do serviço.

O fato do produto será verificado quando o defeito ou vício no produto ou nos serviços gerarem prejuízos não somente no produto ou serviço em si, mas também externamente ao mesmo, contra o consumidor em si, terceiros ou outros bens.

2.1 Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço

Para que seja constatada situação que se amolde nas classificações de vício por fato do produto ou serviço é necessário que o defeito ou prejuízo ultrapasse a materialidade do próprio bem ou da prestação, e gere de alguma forma, prejuízos indenizáveis ao consumidor.

Nas situações jurídicas que representam ocorrência de um fato no produto, foi mitigada pelo legislador a responsabilização do comerciante/estabelecimento, prevendo o *caput* do artigo 12 apenas a responsabilização do produtor, construtor, importador e ao fabricante.

O comerciante/estabelecimento nas relações de consumo em massa teve sua responsabilidade mitigada como será visto a seguir, em razão do mesmo ter pouco, ou nenhum, controle qualidade das mercadorias recebidas pelos produtores que já chegam lacrados, fechados, selados e enlatados, como ocorre, por exemplo, nos supermercados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ou seja, preferiu-se excluir, ou mitigar, a responsabilidade do comerciante/estabelecimento em razão dos mesmos não terem qualquer meio de controlar ou constatar sem violar os produtos a qualidade das mercadorias recebidas e expostas a venda.

Contudo, de forma a preservar a plena defesa dos consumidores que, repita-se, são os sujeitos da relação consumerista que merecem a maior e diferenciada tutela por parte do legislador, o artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu responsabilidade subsidiária, e não solidária, do comerciante pelo vício de fato de produto, somente podendo ser alçando pelo direito de indenizar o consumidor quando ocorrerem situações de má-conservação dos produtos, ausência de identificações nos produtos quanto a fabricante e origem.

Além disto, o parágrafo único do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor cria direito de regresso aos comerciantes/estabelecimento contra os demais componentes da cadeia de fornecimento, quanto aqueles tomarem a iniciativa se ressarcirem os consumidores.

Portanto, se a regra geral é de que a responsabilidade na cadeia de fornecimento é solidária, e o sentido dessa solidariedade é beneficiar o consumidor, a subsidiariedade prevista no artigo 13, principalmente no parágrafo único, são claras medidas que visam criar garantias ao consumidor.

Também no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente nos parágrafos segundo e terceiros, estão inseridas situações classificadas como sendo excludentes de responsabilidade.

O parágrafo segundo reproduz, em abstrato, situação de inexistência de vício ou defeito e expressamente consigna que a existência de um produto ou serviço semelhante, mas de melhor qualidade, não pode transformar em defeituoso o produto ou serviço de pior qualidade, desde que este atinja, de forma satisfatória, a finalidade para a qual foi comercializado.

O parágrafo terceiro, por sua vez, reproduz situações de inexistência de culpa (*I - que não colocou o produto no mercado;*), novamente inexistência vício (*II - que,*

embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;), e fato de terceiro e culpa exclusiva da "vítima" ou do consumidor (*III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*)

Comprovadas estas situações, observadas as regras do artigo 6º, inciso VIII, os comerciantes, e toda a cadeia de fornecimento, não poderão ser responsabilizados.

Enquanto que o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor disciplina a responsabilidade da cadeia de fornecedores pelos defeitos e vícios defeitos em produtos, o artigo 14 da Lei 8.078/90 estabelece regras acerca da responsabilidade pelos fatos dos serviços.

Segundo o referido dispositivo legal (artigo 14), o fornecedor de serviços responderá, independente de culpa, por danos decorrentes da prestação de serviços tidos como defeituosos ou imperfeitos, nos termos das situações elencadas no parágrafo primeiro e seus incisos..

Da mesma forma que foi criada no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor situações de exclusão de responsabilidade para vícios e defeitos em produtos, também nos parágrafos segundo e terceiro do artigo 14 da Lei 8.078/90, estão previstas condições análogas que excluem responsabilidades por vícios e defeitos na prestação de serviços.

Como já mencionado, apesar da responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviço ser objetiva, sendo, portanto, dispensável a constatação do elemento culpa, tal regra não se estenderá aos profissionais liberais (advogados, médicos, engenheiros, etc.), que somente poderão ser responsabilizados mediante a verificação de culpa, conforme norma contida no artigo 14, parágrafo quarto.

2.2. Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço

A responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, também conhecidos como vícios de qualidade e quantidade, obriga e vincula, sempre de forma solidária, todos aqueles que participaram de alguma forma da cadeia de fornecimento, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

razão de vícios ou defeitos, aparentes ou ocultos identificados em bens ou serviços, nos termos que daquilo que está positivado entre os artigos 18 e 25 do Código de Defesa do Consumidor.

Em que pese a expressa solidariedade prevista no início desta Seção III, há casos em que o próprio artigo 18, cria exceções, como é o caso da situação prevista no parágrafo quinto deste artigo, onde se disciplina que, nos danos e vícios que envolverem produtos *in natura*, aqueles não industrializado, a responsabilização será limitada ao fornecedor imediato, que via de regra é um pequeno comerciante ou agricultor que revende sua própria produção.

Posição análoga quanto a exclusão da responsabilidade solidária dos participantes de determinada cadeia de fornecimento está prevista no parágrafo segundo do artigo 19 do Código de Defesa do Consumidor, mas também restito a situações que envolvam os comerciantes de produtos *in nautura,* sempre que se constatar erro na medição ou pesagem e os equipamentos utilizados para medição não estejam em funcionamento adequado.

Apesar de não ter sido inserido nesta Seção III qualquer dispositivo que faça referências à situações excludentes de responsabilidade, é entendimento pacífico na doutrina que todas as situações previstas na Seção II são aplicáveis aos vícios dos produtos e serviço, sem exceções. Até por que se tratam de regras gerais de responsabilidade civil, não exclusivas do direito do consumidor..

O legislador, buscando ampliar ainda mais a proteção do consumidor, estabeleceu também que o fornecedor não se isentará da responsabilidade mesmo que desconheça o vício de qualidade por inadequação no produto ou no serviço. Uma vez que, a responsabilidade objetiva do fornecedor é a regra, não há a necessidade do elemento culpa em sentido amplo, que engloba dolo e culpa. Portanto, a má-fé ou a boa-fé do fornecedor não são levadas em conta para que haja o dever de indenizar.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A presente pesquisa se propôs a analisar as modalidades de responsabilidade civil previstas no Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90.

Em um primeiro momento analisou-se o contexto social, constitucional e legislativo em que foi criada a legislação consumerista.

Fruto de uma política protecionista demonstrou-se que o legislador brasileiro criou no CDC importantes e avançados mecanismos legislativos para equilibrar as relações firmadas entre os fornecedores e os consumidores, responsabilizando os primeiros pelos danos causados aos segundos, de modo a combater os abusos decorrentes da atividade empresarial.

Posteriormente passou-se ao exame das diferenças entre as regras da responsabilidade solidária pelo fato do produto (artigo 12 do CDC) e as regras de responsabilidade solidária pelo vício do produto (artigos 18 e 19 do CDC).

Buscou-se demonstrar que a solidariedade ganha contornos diferenciados quando se trata de fato do produto, pois, nesse caso, a lei limita a responsabilidade pelo defeito do produto ao fabricante, produtor, construtor nacional ou estrangeiro e ao importador, estabelecendo ainda que o comerciante somente será considerado responsável em alguns casos expressos na lei.

Em suma, o que se propôs foi fazer uma análise do contexto histórico/social de criação do Código de Defesa do Consumidor, a regulamentação legal e algumas particularidades dos tipos de responsabilidade civil nele previstas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro. Sala das Sessões da Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>;

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Brasília: Congresso Nacional, 1967. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>;

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil.

Brasília: Senado, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>;

BRASIL. Decreto-Lei n° 869 de 18/11/1938. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Coletânea de Leis do Brasil, Rio de Janeiro – RJ, 18/11/1938. Disponível em < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>;

BRASIL. Lei nº 556, de 25/06/1850. Código Comercial. Coletânea de Leis do Brasil, Rio de Janeiro – RJ. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0556-1850.htm>;

BRASIL. Lei n° 3.071, de 1º /01/1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro – RJ, 05/01/1916. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>;

BRASIL. Decreto n° 22.626, de 07/04/1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providencias. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro – RJ, 08/04/1933. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D22626.htm>;

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 19/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>;

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>;

DANTAS, Alexis; KERTSNETZKY, Jacques; PROCHNIK, Victor. Empresa, indústria e mercados. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Org.). Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 35 a 37.

ESTRELLA, Hernani. Da teoria dos juros no Código Comercial. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 45, p. 397-428, 1949.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. Código de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 2005.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Extensão da cadeia de responsabilidade solidária – fato e vício do produto. In Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. Atualidades e Desafios. Ano XXXIV, nº 130. Agosto de 2016. Pág 147.

MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. RT. São Paulo, 2004.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único, 6. ed. rev., atual. e ampl. -

MÉTODO. São Paulo, 2016.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO ESTADO DE MINAS GERAIS/BRASIL: CARACTERÍSTICAS E ESPACIALIZAÇÃO.

ROSELAINE LOPES TOLEDO, o autor: Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Minas Gerais (OAB/MG) sob o número 109.566, desde de 2007. Graduada em Direito pela Escola de Estudo Superiores de Viçosa-MG, Especializando em Direito Civil pela Faculdade Anhanguera e Mestranda pela Universidade Federal de Viçosa-MG.

MARIA DAS DORES SARAIVA DE LORETO[1]

ANDRÉIA LANA COSTA[2]

RESUMO[3] **:** No presente artigo buscou-se analisar a aplicabilidade da modalidade de Guarda Compartilhada de filhos menores no Estado de Minas Gerais, região Sudeste do Brasil, através de uma abordagem quali-quantitativa, considerando suas características e espacialização. A pesquisa foi executada em momentos complementares: inicialmente foi realizada uma pesquisa bibliográfica buscando compreender a guarda compartilhada e sua normatização. Em seguida, realizou-se uma análise estatística dos dados obtidos em pesquisa nos bancos de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Banco Multidimensional de Estatísticas e Sistema IBGE de Recuperação Automática) sobre a aplicação da guarda em sede de primeira instância, complementando com pesquisa documental no site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas, para análise em segunda instância. Esses dados foram projetados em um mapa de georeferenciamento visando uma análise espacial do objeto de estudo. Como resultado, observou-se que, em que pese a guarda compartilhada ser imposta como regra pela lei 13.058/14, sua incidência na primeira instância é muito baixa, prevalecendo a guarda unilateral materna; enquanto, na segunda instância, a guarda compartilhada é aplicada, na maioria dos casos, sendo negado somente em situações de conflitos e uso de medidas protetivas. Conclui-se que o "melhor interesse da criança" tem fundamentado a aplicabilidade da guarda compartilhada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PALAVRAS CHAVE: Guarda Compartilhada. Aplicabilidade. Características, Espacialização.

ABSTRACT: In the present article we sought to analyze the applicability of the Shared Guard modality of minor children in the State of Minas Gerais, Southeast region of Brazil, through a qualitative-quantitative approach, considering its characteristics and spatialization. The research was carried out in complementary moments: initially a bibliographical research was carried out seeking to understand the shared guard and its normatization. Then, a statistical analysis of the data obtained in the databases of the Brazilian Institute of Geography and Statistics (Multidimensional Statistics Bank and IBGE Automatic Recovery System) was carried out on the application of the guard at first instance, complementing with documentary search on the website of the Court of Justice of the State of Minas Gerais, for analysis at second instance. These data were projected on a georeferencing map aiming at a spatial analysis of the study object. As a result, it was observed that, although shared custody is imposed as a rule by law 13,058/14, its incidence in the first instance is very low, prevailing maternal unilateral custody; while, in the second instance, shared custody is applied, in most cases, being denied only in situations of conflict and use of protective measures. It is concluded that the "best interest of the child" has substantiated the applicability of shared custody.

KEY WORDS: Shared Guard. Applicability. Characteristics, Spacialization.

1. INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 2008, pela Lei 11.698, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, estabelecendo que a guarda de menores poderia ser unilateral ou compartilhada. Em 2014, a Lei 13.058 trouxe essa modalidade de guarda como regra, devendo ser aplicada mesmo nos casos em que não houvesse acordo entre os genitores, com o objetivo de resguardar o direito da criança e do adolescente de manter o convívio com ambos os genitores (GRISARD FILHO, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contudo, mesmo antes dessa normatização "que consolidou a guarda compartilhada, como regra para os filhos de pais divorciados, esse entendimento já era pacificado no Superior Tribunal de Justiça", que adotou a interpretação de que essa modalidade de guarda deveria ser adotada, mesmo na ocorrência de conflitos e clima hostil entre os pais, não sendo aplicada somente quando comprovada no processo a sua absoluta inviabilidade. Esse entendimento fundamentou-se no melhor interesse da criança, em que a guarda compartilhada assegura à criança o direito de conviver com ambos os pais. (STJ, *online*)

A importância dessa discussão é cada vez mais crescente, em função do aumento do número de divórcios, com novas configurações familiares e disputa pela guarda dos filhos. Segundo IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2015), os casos de divórcios registrados em Minas Gerais totalizam 14.159 (quatorze mil, cento e cinquenta e nove), com reflexos sobre a guarda compartilhada.

Diante desse contexto, objetiva-se com este artigo, realizar uma pesquisa sobre a aplicabilidade da Guarda Compartilhada no Estado de Minas Gerais/Brasil, em sede de primeira instância, além de confrontar com as decisões Jurisprudenciais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca do tema, em segunda instância, visando entender como essa modalidade de guarda vem sendo aplicada neste estado, considerando suas características e espacialização.

2. METODOLOGIA

Considerando o objetivo proposto, foi aplicada uma abordagem mista, quali-quantitativa, sendo executado em três momentos complementares: no primeiro momento, realizou-se a análise de dados secundários, através de uma revisão de literatura, considerando autores renomados do Direito de Família, artigos científicos de diversas áreas de estudo e legislações. Neste aspecto, pretendeu-se descrever como a guarda do menor foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, até chegar à Lei 13.058/2014, que traz a aplicação da guarda compartilhada como regra.

Em um segundo momento, através de uma abordagem quantitativa, analisou-se os dados obtidos através da pesquisa nos bancos de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), através do BME (Banco Multidimensional de Estatísticas) e do SIDRA (Sistema IBGE de Recuperação Automática), que, posteriormente, foram lançados no software livre QGis 3.2.1, no intuito de projetar um mapa de georreferenciamento, que proporcionasse uma percepção espacial da aplicabilidade da guarda compartilhada, no ano de 2017, nos municípios do estado de Minas Gerais.

Na abordagem quali-quantitativa, em um terceiro momento, utilizou-se a análise de conteúdo, considerando as informações do site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas, Gerais objetivando entender a forma como a guarda compartilhada vem sendo aplicada em segunda instância. Nessa busca documental, utilizou-se a expressão "guarda compartilhada", analisando-se todas as decisões de apelação prolatadas em dezembro de 2014[4] a dezembro de 2017, em um total de nove.

3. RESULTADO E DISCUSSÃO

3.1. Pesquisa bibliográfica sobre a temática "guarda"

O termo "guarda" significa vigiar e cuidar do melhor interesse da criança e adolescente, tratando-se de proteção aos filhos, estando relacionada à responsabilidade de dispensar cuidados imprescindíveis à criação do menor. Nesse sentido, Gregório (1999. p. 62) conceitua a guarda como sendo "o instituto jurídico composto de direitos e deveres recíprocos existentes entre o guardião e o protegido, cujo objetivo principal é a proteção dos interesses deste último".

É importante contextualizar o Instituto da Guarda do Menor no Ordenamento Jurídico Brasileiro, quando há dissolução do vínculo conjugal. O Código Civil de 1916 trouxe a primeira normatização sobre o pátrio poder[5] em relação aos filhos. O homem detinha o poder de chefia no núcleo familiar possuindo a guarda exclusiva e o pátrio poder dos filhos. Por outro lado, a mulher desempenhava o papel doméstico e de procriação, submetendo-se às determinações do cônjuge. É

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

necessário observar que a célula familiar era caracterizada pela distribuição da função de cada membro e é nesse cenário patriarcal, que foi criado o Código Civil de 1916, que considerava a mulher relativamente incapaz para o exercício dos atos civis, assegurando o pátrio poder ao marido (VENOSA, 2014).

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121 de 1962, o exercício do pátrio poder foi legitimado, como sendo de competência de ambos os pais, sendo que, no caso de divergências entre os genitores, prevaleceria a decisão paterna, restando à mãe, em desacordo, o direito de recorrer judicialmente. Assim, a mulher obteve o direito de exercer o poder familiar, mesmo constituindo novo casamento (DIAS, 2009).

Em 1977, a Lei 6.515, chamada Lei do Divórcio, privilegiava o cônjuge não culpado pela separação, com a guarda dos filhos menores. E, no caso de ambos os cônjuges serem responsáveis pela separação, os filhos menores ficavam em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que de tal solução poderia advir prejuízo de ordem moral para eles (BRASIL, 1977).

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, inova-se no ordenamento jurídico ao consagrar a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações; inclusive, os referentes à sociedade conjugal. Assim, a Constituição trouxe uma nova visão no tocante à guarda, em especial proteção aos filhos menores, o que foi corroborado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990), que instaurou o princípio da proteção integral dos menores, prevalecendo o melhor interesse da criança e do adolescente nas dissoluções conjugais, sendo irrelevante quem tenha dado ensejo à dissolução (OLIVEIRA; HAJI, 2015).

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 determinou que a guarda fosse atribuída àquele que apresentasse melhores condições para exercê-la, levando em consideração o grau de parentesco e afetividade estabelecida entre criança e guardião, desvinculando o instituto da guarda à questão da culpa dos pais na separação e substituindo a expressão "pátrio poder" por "poder familiar"[6]; consolidando-se, assim, a ideia de que esse poder pode ser exercido conjuntamente

pelo pai e pela mãe, em igualdade de condições, representando um conjunto de direitos e deveres atribuídos a ambos, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores (GONÇALVES, 2011).

Em 2008, o instituto da guarda compartilhada foi introduzido oficialmente no ordenamento jurídico através da Lei nº. 11.698, a ser aplicada como primeira alternativa, quando não ocorria entendimento entre os pais. Ou seja, caso não houvesse acordo quanto à guarda dos filhos, o magistrado deveria decidir, de acordo com a previsão legal, preferencialmente e sempre que possível, pela guarda compartilhada (GRISARD FILHO, 2013). Nessa modalidade de guarda, a criança e o adolescente são amplamente assistidos por seus genitores, que possuem igualdade de direitos e deveres com relação a seus filhos, devendo participam ativamente de suas vidas, tomando decisões conjuntas sobre o melhor interesse destes (QUINTAS, 2010).

Com o objetivo de priorizar essa modalidade de guarda em detrimento da Unilateral, foi publicada em 22 de dezembro de 2014, a Lei 13.058, determinando a aplicação deste instituto como regra, exceto se um dos pais declarasse, judicialmente, que não pretendia exercê-la. Essa modalidade de guarda, em outros países, foi criada em anos anteriores. Em 1970, na Inglaterra, através de uma decisão judicial, a custódia compartilhada foi criada como uma nova possibilidade de guarda. Historicamente, o primeiro estatuto de guarda conjunta foi aprovado no Estado norte-americano de Indiana, em 1973 e em 1975. Desde então, foram adotadas leis que permitiam o compartilhamento da guarda dos filhos, quando o casal se separava (FARIÑA et al., 2017, p. 108).

No processo legal de divórcio na Espanha em que se discute a guarda dos filhos, até o ano de 2013, a guarda unilateral materna permaneceu como opção preferida, sendo a guarda compartilhada a segunda opção e custódia dos pais como terceira opção (MARÍN; et al., 2017). Segundo Fariña et tal. (2017), a guarda conjunta é a modalidade mais apropriada para o bem-estar das crianças e para a defesa do princípio da igualdade entre homens e mulheres, embora nem sempre seja aconselhável ou viável. Ao analisar os últimos desenvolvimentos sobre a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

custódia compartilhada, especialmente aqueles relacionados a tendências jurisprudenciais recentes, Molina (2017) concluiu que a guarda conjunta possui como premissa a necessidade de uma relação de respeito mútuo, que beneficiará a criança, colaborando para seu desenvolvimento emocional.

Para Denyse Côté (2016), em um estudo realizado em Quebec, a guarda compartilhada evoluiu rapidamente, transformando-se em um modelo para a igualdade dos gêneros, influenciando os papéis da maternidade e paternidade, além das relações de gênero, mesmo em famílias nucleares intactas. Essa nova representação de papéis parentais simétricos após a separação conjugal rapidamente virou norma em Quebec.

De acordo com a legislação vigente, o regime de guarda compartilhada só não deve ser aplicado em duas possibilidades, quando o pai ou a mãe declarar o não interesse na guarda do menor e na situação em que não estão aptos a exercerem a custódia física.

A Recomendação Nº 25, do ano de 2016, do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), recomenda aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, que considerem a guarda compartilhada como regra. E que, ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada (BRASIL, RECOMENDAÇÃO nº 25, 2016).

Assim, percebe-se que a guarda do menor experimentou uma transformação significativa ao longo da história, evoluindo, como destacam Oliveira e Hajj (2015), de "propriedade" paterna, passando para a preferência pela guarda unilateral materna, chegando à guarda compartilhada, cada vez mais aplicada, diante da significante incidência de divórcios/separações.

3.2. Análise estatística e espacial da aplicabilidade da guarda compartilhada

Em que pese, por Lei (13.058/2014), a aplicação da Guarda Compartilhada ser regra, a guarda unilateral materna ainda prevalece. Segundo dados do IBGE (2018), a guarda compartilhada vem crescendo, desde a vigência da Lei 13.058 de 2014.

Conforme dados do Quadro 01 pode-se notar que a guarda compartilhada triplicou do ano de 2014 a 2017, tanto no estado de Minas Gerais, quanto no Brasil. Os números apresentados representam os processos concluídos em primeira instância.

Entretanto, mesmo com o avanço da guarda compartilhada, percebe-se que a guarda unilateral materna ainda prevalece tanto em Minas Gerais (71,87%), como no Brasil (69,39%), enquanto a guarda compartilhada se perfaz em 21,90% neste estado e 20,88% no país.

Os dados ainda evidenciaram que, em sede de primeira instância, a aplicabilidade da Guarda Compartilhada, no estado de Minas Gerais, no ano de 2017, correspondeu a 21,90%. Contudo, em sede de segunda instância, esse número alcançou a 78%, no período de 2014 a 2017, sendo que, neste último ano, apenas uma única decisão de apelação negou a aplicação dessa modalidade de guarda, em função da existência de medida protetiva entre os pais, que inviabilizava a comunicação entre eles, impossibilitando a aplicabilidade da guarda compartilhada. Nesse sentido, pode-se inferir que os Magistrados aplicam a Guarda Compartilhada, como regra, nos termos da Lei 13.058/04; entretanto, as partes (pai e mãe da criança ou adolescente) ainda resistem a essa modalidade de guarda, prevalecendo a Guarda Unilateral Materna.

Quadro 01 – Guarda concedida em divórcios em 1ª instância com filhos menores nos anos de 2014 a 2017.

Guarda concedida em divórcio em 1º instância com filhos menores nos anos de 2014 a 2017					
Local	**Resp. pela guarda**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**
Brasil	Pai	8.069 5,49%	7.402 5,25%	7.256 4,94%	7.521 4,79%
	Mãe	124.951 85,06%	111.712 79,16%	109.360 74,40%	109.745 69,39%

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

	Ambos	**11.040 7,52%**	**18.238 12,92%**	**24.834 16,90%**	**33.024 20,88%**
Minas Gerais	Pai	778 5,12%	706 4,99%	730 4,83%	790 4,48%
	Mãe	13.264 87,27%	11.674 82,45%	11.974 79,23%	12.664 71,87%
	Ambos	**1.009 6,64%**	**1.620 11,44%**	**2.266 14,99%**	**3.858 21,90%**

Fonte: IBGE - Estatísticas do Registro Civil (2018)

Em uma pesquisa desenvolvida por Reis (2016), este conclui que cerca de 90% (noventa por cento) dos processos de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, no Brasil, a guarda unilateral é concedida à mãe. No entendimento do autor, essa preferência pela guarda unilateral materna em detrimento da compartilhada, deriva-se de um pensamento arcaico advindo do patriarcalismo, marcado pela divisão de tarefas entre os cônjuges, em que ao homem cabia a função de provedor do lar, enquanto à mulher a incumbência de cuidado da casa e dos filhos.

Para ter um conhecimento sobre a espacialização desse fenômeno, os dados obtidos junto ao Banco de Dados do IBGE, foram lançados no software livre QGis 3.2.1 (Figura 01) visando uma percepção visual da aplicabilidade da guarda compartilhada, no ano de 2017, no estado de Minas Gerais.

Figura 01 – Aplicabilidade da Guarda Compartilhada no Estado de Minas Gerais, Brasil.

Fonte: Dados da pesquisa tratados pelo software QGis 3.2.1.

Ao analisar o mapa (Figura 01), percebe-se que a incidência da aplicação da Guarda Compartilhada no estado de Minas Gerais ainda é muito baixa. O maior índice de aplicação dessa modalidade de guarda está representado pelas

percentagens de 0% a 25%. Por outro lado, quando se observa a representação acima de 50%, a aplicabilidade dessa guarda é constatada em apenas 6 municípios (Quadro 02) do total de um total de 853 neste Estado.

As três cidades em que se notou um número de guarda compartilhada mais expressivo (São Joao Del Rei, Uberlândia e Alfenas) têm como característica comum a expressiva taxa de urbanização, em que a população urbana gira em torno de 94,0 a 97,0%. Outra característica também observada, nesses três municípios, relaciona-se com a educação. Todos possuem campus universitário Federal (Universidade Federal de São João Del-Rei, Universidade Federal de Uberlândia e Universidade José do Rosário Vellano); além disso, a taxa de escolarização de 6 a 14 anos é de 97,8 a 99,1%. Tais características permitem inferir que a urbanidade e maior nível de escolaridade podem influenciar nas decisões sobre a guarda de filhos menores.

Quadro 02. Municípios de Minas Gerais/Brasil, em que a Guarda Compartilhada foi aplicada em uma porcentagem superior a 50% no ano de 2017.

Relação dos Municípios de Minas Gerais em que a Guarda Compartilhada foi aplicada em uma porcentagem superior a 50%, no ano de 2017			
Município	**Total de Guarda de filhos menores decidida (Nº)**	**Números de Guarda Compartilhada (Nº)**	**Porcentagem de Guarda Compartilhada (%)**
São João Del Rei	119	117	95,90
Uberlândia	675	417	60,26
Carmo do Cajuru	10	06	60,00
Esmeraldas	64	38	58,46

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pedro Leopoldo	61	34	55,74
Alfenas	68	39	55,71

Fonte: IBGE - Estatísticas do Registro Civil (2018)

3.3. Análise de decisões jurisprudenciais sobre a guarda compartilhada

A pesquisa no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos anos de dezembro de 2014 a dezembro de 2017, objetivou-se verificar o entendimento jurisprudencial a respeito da aplicabilidade do instituto de guarda compartilhada. Constatou-se que, de 09 decisões de apelação, 07 (78%) decidiram pela aplicabilidade da guarda compartilhada, sob o argumento do melhor interesse da criança e do adolescente, necessidade do convívio imprescindível com os pais e obediência às regras contidas na Lei 13.058 de 2014, como exposto nas ementas, a seguir apresentadas:

> EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO - GUARDA COMPARTILHADA - ARTIGO 1.584, §2º, CÓDIGO CIVIL - REGRA NO DIREITO BRASILEIRO - IMPRESCINDIBILIDADE DO CONVÍVIO COM OS PAIS - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - SENTENÇA MANTIDA.
>
> 1. Em matéria de guarda de menor é o exclusivo interesse da criança que norteia a atuação jurisdicional, porquanto indeclinável a completa prioridade de se garantir ao infante as melhores condições de desenvolvimento moral e físico.
>
> 2. O instituto da guarda compartilhada passou a ser a regra no direito brasileiro, porquanto ambos os genitores têm igual direito de exercer a guarda do filho menor impúbere, consoante estabelece o artigo 1.584, §2º, do Código Civil. (TJMG - Apelação Cível 1.0433.14.032005-5/001, Relator(a): Des.(a) Elias Camilo , 3ª CÂMARA CÍVEL,

julgamento em 09/11/2017, publicação da súmula em 05/12/2017)

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA UNILATERAL - MODIFICAÇÃO - GUARDA COMPARTILHADA - ART. 1584, § 2º, CÓDIGO CIVIL - REGRA NO DIREITO BRASILEIRO - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DO CONVÍVIO IMPRESCINDÍVEL COM OS PAIS - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PEDIDO DE CONVIVÊNCIA IGUALITÁRIA DOS MENORES COM O PAI E MÃE - POSSIBILIDADE DESDE QUE NÃO PREJUDIQUE A ROTINA DAS CRIANÇAS - ALIMENTOS - DEVER DE GUARDA DISSOCIADA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - ALIMENTOS QUE DEVEM SER CUSTEADOS POR QUEM DETÉM A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA - POSSIBILIDADE PATENTE DO GENITOR - RENDIMENTOS MENSAIS QUE PERMITEM A MANUTENÇÃO DA QUANTIA FIXADA EM 1ª INSTÂNCIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

1 - Em matéria de guarda de menor é o exclusivo interesse da criança que norteia a atuação jurisdicional, porquanto indeclinável a total prioridade de se garantir ao infante as melhores condições de desenvolvimento moral e físico.

2 - No que concerne à guarda compartilhada, o referido instituto passou a ser a regra no direito brasileiro, porquanto ambos os genitores têm igual direito de exercer a guarda dos filhos menores, consoante estabelece o art. 1.584 do Código Civil.

3 - Diante do desejo dos pais de conviverem igualitariamente com a criança, prudente a fixação de lapso temporal da custódia física de cada um de forma equânime, na medida do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

possível, diante da necessidade de manter a rotina de estudos e atividades da menor.

4 - A guarda compartilhada não desobriga o genitor com as melhores condições financeiras de prestar alimentos para o filho, uma vez que este deve desfrutar da condição de vida semelhante na residência de ambos os guardiões, pouco importando o regime de guarda para a quantificação dos alimentos.

5 - Recurso parcialmente provido. Reforma parcial sentença. (TJMG - Apelação Cível 1.0525.13.015030-9/004, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/11/2016, publicação da súmula em 02/12/2016)

EMENTA: AÇÃO DE DIVÓRCIO, PARTILHA, GUARDA E ALIMENTOS - GUARDA COMPARTILHADA - ART. 1.584, §2º, CC - ALIMENTOS - BINÔMIO POSSIBILIDADE/NECESSIDADE - MENOR - NECESSIDADE PRESUMIDA - EX-MULHER - NECESSIDADE DEMONSTRADA - CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE - FORMA DE PAGAMENTO EM PECÚNIA - ATENDIMENTO À FINALIDADE DA OBRIGAÇÃO. 1- Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (artigo 1.584, §2º, com a redação dada pela Lei nº 13.058/2014) [...] (TJMG - Apelação Cível 1.0699.11.008219-4/003, Relator(a): Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/08/2016, publicação da súmula em 02/09/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. MENOR DE IDADE. GUARDA COMPARTILHADA. MODIFICAÇÃO DE GUARDA PLEITEADA PELA MÃE. CONSTATADA A CONDIÇÃO DO PAI DE TAMBÉM DETER A GUARDA. CRIANÇA BEM CUIDADA E ADAPTADA À MODALIDADE DE GUARDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Tratando-se de ação relativa à guarda de menor, o interesse e bem-estar do infante devem nortear a tomada de qualquer decisão judicial. Se os elementos de convicção contidos nos autos atestam que a criança se encontra bem cuidada e perfeitamente adaptada ao regime de guarda compartilhada, impõe-se a confirmação da sentença que julgou improcedente o pedido de alteração de guarda. Modelo atual adotado na legislação pátria que deve ser prestigiado, preferencialmente, notadamente nas situações como a que está revelada no processo. (TJMG - Apelação Cível 1.0016.13.011560-9/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/10/0015, publicação da súmula em 06/11/2015)

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES - GUARDA COMPARTILHADA - CUSTÓDIA FÍSICA CONJUNTA - CRIAÇÃO SOB O INFLUXO DE AMBOS OS PAIS - FIXAÇÃO DE RESIDÊNCIA - MUDANÇA QUE TRAGA BENEFÍCIOS PARA O MENOR - ALIENAÇÃO PARENTAL

- O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus.

- As mudanças impostas pela sociedade atual, tais como inserção da mulher no mercado de trabalho e a existência de uma geração de pais mais participativos e conscientes de seu papel na vida dos filhos, vem dando a ambos os genitores a oportunidade de exercerem, em condições de igualdade, a guarda dos filhos comuns. Além disso, com a nova tendência de constitucionalização do direito de família, da criança e do adolescente, a questão da guarda deve ser analisada atualmente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade entre homens e mulheres e supremacia do melhor interesse do menor.

- Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos.

-Considerando que no caso em apreço ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada.

- Para sua efetiva expressão, a guarda compartilhada exige a custódia física conjunta, que se configura como situação ideal para quebrar a monoparentalidade na criação dos filhos.

- Se um dos genitores quer mudar de cidade ou de Estado, para atender a interesse próprio e privado, não poderá tal desiderato sobrepuja r o interesse do menor. Só se poderia admitir tal fato, se o interesse do genitor for de tal monta e sobrepujar o interesse da criança. (TJMG - Apelação

Cível 1.0210.11.007144-1/003, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/07/2015, publicação da súmula em 05/08/2015)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENORES - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - GUARDA COMPARTILHADA - POSSIBILIDADE.

- O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus.

- O princípio constitucional do melhor interesse da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar.

- Fixada a guarda, esta somente deve ser alterada quando houver motivo suficiente que imponha tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos

- Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos.

- Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a administrar a guarda das filhas, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada. (TJMG - Apelação Cível 1.0647.13.002668-3/002, Relator(a): Des.(a) Dárcio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Lopardi Mendes , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/03/2015, publicação da súmula em 25/03/2015)
>
> EMENTA: AÇÃO DE DIVÓRCIO - GUARDA COMPARTILHADA - ALIMENTOS - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.
>
> - Determinada a guarda compartilhada dos filhos menores, não pode o pai pretender a guarda unilateral sob o argumento de que a genitora mudou-se para o Estado de São Paulo se não comprovou sua alegação.
>
> [...] (TJMG - Apelação Cível 1.0637.08.061968-6/001, Relator(a): Des.(a) Alyrio Ramos , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/01/2015, publicação da súmula em 02/02/2015).

Conforme as ementas citadas, o argumento do "melhor interesse da criança", com convivência com ambos os genitores, prevalece nas decisões jurisprudenciais, o que está condizente com os dados apresentados por Marín et al. (2017), ao pontuarem que, no processo legal de divórcio na Espanha, em que se discute a guarda dos filhos, deve-se observar o princípio dos melhores interesses da criança, devido à supremacia ratificados legalmente na Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU), de 20 de novembro de 1989, sobre os direitos da criança. Entretanto, apesar dessa recomendação, em vários estudos, como aquele realizado na Espanha por Rasines (2017), em 2014, a guarda materna prevaleceu (73%), enquanto que a custódia para ambos genitores atingiu 21,2% e a guarda unilateral paterna foi de apenas 5,3%. Os autores destacaram que a guarda conjunta é aplicada no melhor interesse da criança, exigindo responsabilidade parental entre pai e mãe.

Por outro lado, conforme Costa (2017, *online*), observa-se o entendimento da juíza da Primeira Vara de Família de Cuiabá, pioneira no Brasil, na temática da guarda compartilhada, chegando, em alguns meses, a atingir 95,0% das ações pelo compartilhamento de guarda. Segundo a juíza, Ângela Gimenez, em entrevista

concedida em 15 de agosto de 2017, a aplicabilidade da guarda depende de um trabalho educativo, de transformação social, de modificação cultural para que as pessoas compreendam a importância do pai e da mãe. O resultado positivo é alcançado através de ações simples, como diálogo nas audiências, sessões formativas, distribuição de cartilhas e filmes curtos na sala de espera, como acrescenta a juíza: "Criamos uma oficina de parentalidade, onde pais, mães e filhos trabalham suas dores"

A pesquisa, junto ao site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, trouxe como dado relevante em uma decisão desfavorável à aplicabilidade da guarda compartilhada, por existir uma medida protetiva, que proibia a comunicação entre o pai e a mãe, inviabilizando a comunicação entre os genitores, como reportado:

> GUARDA COMPARTILHADA - MEDIDA PROTETIVA: LEI MARIA DA PENHA - INVIABILIDADE - INDENIZAÇÃO - PERDA DE UMA CHANCE - ORDEM JUDICIAL - OMISSÃO - DANO MORAL - FIGURA PATERNA: NÃO COMPROMETIMENTO - DANO MATERIAL - RECEBIMENTO DE ALUGUEL: TERCEIRO: NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Medida protetiva que proíbe a comunicação entre o pai e a mãe, deferida com base na Lei Maria da Penha, inviabiliza o compartilhamento da guarda do filho, que pressupõe o diálogo entre os guardiões (TJMG - Apelação Cível 1.0518.15.016940-8/002, Relator(a): Des.(a) Oliveira Firmo , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/10/2017, publicação da súmula em 14/11/2017).

Outra decisão de apelação, que negou a aplicação da guarda compartilhada, fundamentou que essa modalidade de guarda não atendia ao melhor interesse da criança, por não garantir um referencial de moradia, rotinas e convivência conjunta com os pais. Ressalte-se que essa decisão foi logo após da entregada em vigor da Lei 13058 de 2014:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA -MODALIDADE PARTILHADA -

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> PRETENSÃO QUE NÃO ATENDE O MELHOR INTERESSE DO MENOR - SENTENÇA MANTIDA.
>
> A guarda na modalidade partilha, onde a criança reside períodos alternados com cada um dos genitores, não atende o melhor interesse do menor, sendo desaconselhada por doutrina e jurisprudência, por não garantir um referencial de moradia, estabelecer rotinas e convivência conjunta com ambos os pais. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.13.035345-2/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/04/0015, publicação da súmula em 28/04/2015).

Essa constatação pode ser fundamentada no senso comum de que a mãe é a melhor cuidadora do filho, já que seu cuidado é instintivo, consubstanciado nas representações sociais da maternidade e paternidade, em que os papeis são delimitados, cabendo ao pai prover os filhos e a família e à mãe o cuidado físico das crianças. Nesse sentido, em casos de rompimento do vínculo conjugal, pela concepção construída socialmente, considera-se "natural" que seja dado à mãe a guarda dos filhos, já que sempre coube a ela o papel de cuidadora deles, restando ao pai a tarefa de provedor das necessidades materiais da família, através da prestação de alimentos. (SCHNEEBELI, MENANDRO, 2014).

4. CONCLUSÃO

Em função da análise dos dados, pode-se concluir que existem diferenças significativas entre os detentores da guarda do menor, no Estado de Minas Gerais, em que a Guarda Materna é maior que a Guarda Conjunta e a Paterna, demonstrando que, apesar da Lei 13.058/14 trazer a modalidade compartilhada de guarda como regra, a guarda unilateral materna ainda é predominante em grande número. Contudo, cabe destacar que, desde que a referida Lei entrou em vigor, o número de Guarda Compartilhada neste Estado e no Brasil triplicou, demonstrando uma tendência à sua aplicação. Apesar desse avanço, a sua aplicabilidade em Minas Gerais, conforme análise espacial, só é superior a 50% dos casos em que se decide

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a guarda dos filhos, em apenas seis municípios do Estado, sendo esses caracterizados pela maior taxa de urbanização e do nível de escolaridade.

As três cidades em que se notou um número de guarda compartilhada mais expressivo (São Joao Del Rei, Uberlândia e Alfenas) têm como característica comum a urbanidade, em que a população urbana girava em torno de 94,0 a 97,0%. Outra característica também observada nessas três cidades estava relacionada com a educação, uma vez que todas possuem campus universitário Federal (Universidade Federal de São João Del-Rei, Universidade Federal de Uberlândia e Universidade José do Rosário Vellano); além disso, a taxa de escolarização de 6 a 14 anos é de 97,8 a 99,1%. Nesse sentido, pode-se concluir que tais características, da urbanidade e educação, podem influenciar nas decisões sobre a guarda de filhos menores.

Por outro lado, na análise das decisões jurisprudenciais, conforme dados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a Guarda Compartilhada vem sendo aplicada como regra, obedecendo ao preceito contido na Lei 13.058/14 e ao melhor interesse da criança e do adolescente; sendo excepcionais os casos de decisão desfavorável a essa modalidade de guarda, como em situações de proibição de comunicação entre os pais, pelos conflitos e medidas protetivas.

Nesse sentido, salienta-se que, em sede de primeira instância, o número de Guarda Compartilhada ainda é muito baixo, o que demonstrou que a ausência de sua aplicação é devido à recusa dos pais da criança e do adolescente, que pode ser influenciada pelas representações sociais da maternidade e da paternidade, na divisão de papéis do homem (provedor) e da mulher (cuidadora).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Histórica, 1976. p. 363.

BME – **Banco Multidimensional de Estatísticas**. 2014 a 2017. Disponível em: https://www.bme.ibge.gov.br/app/adhoc/index.jsp. Acesso em: 20 nov. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, jan. de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF, agosto de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF, dez. de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF, outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, dez. de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, DF, junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm Acesso em: jun. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei n 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF, dez. de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Recomendação nº 25, de 22 de agosto de 2016.** Recomenda aos Juízes que atuam nas Varas de Família que observem o disposto na Lei nº 13.058/2014, nos termos que especifica. Brasília, DF, ago. de 2016. Disponível em: www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ149_2016...PDF. Acesso em: jun. 2019.

COSTA, Antonielle. **Conflitos Familiares.** 2017. Disponível em: http://www.pontonacurva.com.br/entrevista-da-semana/a-guarda-compartilhada-pode-ser-um-antidoto-para-a-alienacao-parental-ja-que-em-muitos-casos-usa-se-ate-de-denuncias-falsas-para-a-guarda-unilateral-defende-juiza/3487. Acesso em: jun. 2019.

CÔTÉ, Denyse. Guarda Compartilhada e Simetria nos Papéis de Gênero: novos desafios para a igualdade de gênero. **Revista Observatório**, v. 2, n. 3, p.182-198, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARINA Francisca; SEIJOB, Dolores; ARCER, Ramón; VÁZQUEZ, Maria José. Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justiciaterapéutica como nuevo paradigma. In: **Anuario de Psicología Jurídica**, v. 27, p. 107–113, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GREGORIO, Ricardo Algarve. **Guarda de filhos.** 1999, 62f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo. 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2005**. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/default_populacao.shtm. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

MARÍN, Marta; DUJO, Víctor; HORCAJO, Pedro José. Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del TribunalSupremo espa˜nol y los resultados de estudios empíricossobre las implicaciones psicológicas en menores en situaciónde guarda y custodia compartida. **Anuario de Psicología Jurídica**. v. 27. p. 115–125, 2017.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (3. Câmara Cível). Apelação Cível: 1.0433.14.032005-5/001, Relator(a): Des.(a) Elias Camilo, julgamento em 09/11/2017, publicação da súmula em 05/12/2017. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=176&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em: 17 de maio de 2019.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (6. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0525.13.015030-9/004, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca, julgamento em 22/11/2016, publicação da súmula em 02/12/2016. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=176&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 17 de maio de 2019.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (6. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0699.11.008219-4/003, Relator(a): Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes, julgamento em 23/08/2016, publicação da súmula em 02/09/2016. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=176&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 17 de maio de 2019.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (1. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0016.13.011560-9/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, julgamento em 27/10/0015, publicação da súmula em 06/11/2015. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=173&totalLinhas=176&paginaNumero=173&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 17 de maio de 2019.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (4. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0210.11.007144-1/003, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, julgamento em 30/07/2015, publicação da súmula em 05/08/2015. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=12&totalLinhas=176&paginaNumero=12&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 17 de maio de 2019.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (8. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0637.08.061968-6/001, Relator(a): Des.(a) Alyrio Ramos,

julgamento em 22/01/2015, publicação da súmula em 02/02/2015. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=16&totalLinhas=176&paginaNumero=16&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 17 de maio de 2019.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (4 Câmara Cível). Apelação Cível 1.0647.13.002668-3/002, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, julgamento em 19/03/2015, publicação da súmula em 25/03/2015. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=15&totalLinhas=176&paginaNumero=15&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 17 de maio de 2019.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (7. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0518.15.016940-8/002, Relator(a): Des.(a) Oliveira Firmo, julgamento em 31/10/2017, publicação da súmula em 14/11/2017. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=176&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 17 de maio de 2019.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (8. Câmara Cível). Apelação Cível 1.0702.13.035345-2/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/04/0015, publicação da súmula em 28/04/2015. Disponível

em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=176&totalLinhas=176&paginaNumero=176&linhasPorPagina=1&palavras=guarda%20compartilhada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=false&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&.

Acesso em: 17 de maio de 2019.

MOLINA, Alejandro Andrés Martín. Cuestiones Actuales Sobre la Custodia Compartida. **Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia**. v. 15, p. 1-15, 2017.

OLIVEIRA, Simone Barbosa; HAJJ, Hassan. A guarda compartilhada e a decretação de ofício pela autoridade judicial**. Revista Jurídica UNIGRAN**. v. 17, n. 34, p. 1 – 13, 2015.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº. 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RASINES, Fernández. Sharing Child Custody: Co-parenting After Divorce in Spain. **Oñati Socio-legal Series**. v. 7, n 6, p. 1229-1246, 2017.

REIS, Wanderlei José. Guarda Compartilhada. Regra ou Exceção**? FIDES**, v.8 , n. 1, p. 132-137. 2016.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família.** 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCHNEEBELI, Fernanda Cabral Ferreira; MENANDRO, Maria Cristina Smith. Com quem as crianças ficarão? Representações sociais da guarda dos filhos após a separação conjugal. **Psicologia & Sociedade**, v. 26, n.1, p.175-184, 2014.

SIDRA - **Sistema IBGE de Recuperação Automática**. 2014 a 2017. Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5929. Acesso em: jun. 2019.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. **Guarda compartilhada foi consolidada no STJ antes de virar lei. 2017**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/no

ticias/Not%C3%ADcias/Guarda-compartilhada-foi-consolidada-no-STJ-antes-de-virar-lei. Acesso em: março. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 14ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NOTAS:

---

[1] Bacharel em Ciências Econômicas, Mestre e Doutora em Economia Aplicada, pela Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais, Brasil; Pós-doutora em Família e Meio Ambiente, pela Univerty of Guelph, Canadá. Professora Titular da Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais, Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq "Família, Políticas Públicas, Desenvolvimento Humano e Social".
[2] Graduada em Direito pela Escola de Estudo Superiores de Viçosa-MG, Especialista em Direito do Trabalho pela Candido Mendes, UCAM; Mestre em Economia Doméstica e Doutoranda em Economia Doméstica pela Universidade Federal de Viçosa-MG.
[3] Trabalho apresentado em 2019, no XI Congresso do Mercosul de Direito de Família e Sucessões em Gramado, RS, Brasil.
[4] A Lei 13.058/14 que trouxe a guarda compartilhada como regra, entrou em vigor na data de sua publicação, em 22 de dezembro de 2014, devido a isso, a pesquisa se iniciou em dezembro de 2014.
[5]O pátrio poder foi instituto em Roma, época em que, a *patria potestas* visava tão-somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Desta forma, dispunha o pai, originariamente, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem e o de entregá-lo como indenização *noxae deditio*. (BEVILAQUA, 1976)

[6]O poder familiar constitui uma responsabilidade comum dos genitores, de prestar aos filhos, menores e incapazes, o necessário ao seu sustento como alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, saúde, nos termos dos artigos 227 da Constituição Federal e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo esse poder decorrente tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, sendo suas obrigações de caráter personalíssimo (RODRIGUES, 2004).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ISENÇÃO FISCAL NA ZONA FRANCA DE MANAUS: PIS E COFINS NA COMERCIALIZAÇÃO DE PNEUS IMPORTADOS.

SUIANNE PARENTE COSTA, o autor: Discente em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Nilton Lins (2012).

MSC. **VITOR DE SOUZA VIEIRA**[1]

RESUMO: Isenção fiscal na Zona Franca de Manaus: PIS e COFINS na Comercialização de Pneus Importados é um artigo de revisão com amparo na pesquisa quantitativa para descrever as espécies tributárias, a Zona Franca de Manaus, a isenção fiscal e a comercialização de pneus dentro do modelo econômico citado. Para tanto, foram utilizadas obras de autores que buscaram nesta referência a explicação para fatores da Zona Franca de Manaus, Isenção Fiscal, Direito Tributário e Polo Industrial de Manaus. Assim, o presente estudo tem por objetivo identificar o processo de isenção fiscal da Zona Franca de Manaus, em especial o PIS e COFINS, além de: Descrever a legislação inerente a Zona Franca de Manaus em relação à isenção Fiscal; Apontar as divergências legais em torno do PIS e COFINS para a Zona Franca de Manaus; Apresentar os caminhos para obtenção da isenção Fiscal do PIS e COFINS nas vendas realizadas para a Zona Franca de Manaus. Trata-se uma pesquisa de cunho bibliográfico com sustentação em pesquisa qualitativa. Como resultado foi observado à perfeita aderência da legislação ao direito questionado, ou seja, a isenção de PIS e COFINS na comercialização de pneus na Zona Franca de Manaus.

Palavras-chave: PIS. COFINS.SUFRAMA. Isenção. Pneus.

ABSTRACT: Tax Exemption in Manaus Free Zone: PIS and COFINS in Imported Tire Trading is a review article with comparison in quantitative research to describe tax species, a Manaus Free Zone, a tax exemption and the commercialization of tires with in the economic model quoted. For that, we used works by authors that seek in this reference and explanation of factors of Manaus Free Zone, Tax Exemption, Tax Law and Manaus Industrial Pole. Thus, this study aims to identify the tax

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exemption process of the Manaus Free Zone, in particular the PIS and COFINS, and: Describe the legislation inherent to the Manaus Free Zone in relation to the tax exemption; Point out as legal divergences around PIS and COFINS for Manaus Free Zone; The ways for the PIS and COFINS tax exemption on sales made in Manaus Free Zone were presented. This is a bibliographic research based on qualitative research. As the result was observed in the perfect adherence of the legislation to the questioned right, that is, it is na exemption of PIS and COFINS in the commercialization of tires in the Manaus Free Zone.

Key words:PIS. COFINS. SUFRAMA. Exemption. Tires.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa descrever a "Isenção fiscal na Zona Franca de Manaus: PIS[2] e COFINS[3] na Comercialização de Pneus Importados" como forma de auxiliar a sociedade a obter acesso a este conhecimento, além de possibilitar a apreciação por parte dos profissionais do Direito de um tema amplamente discutido, ou seja, as isenções fiscais inerentes a Zona Franca de Manaus que não raras vezes são tema de debates no Supremo Tribunal Federal (STF).

Esta busca se traduz na compreensão da forma de concessão dos impostos deste instrumento constitucional estabelecido na Região Norte e que atende os Estados do Amazonas, Acre, Amapá, Rondônia e Roraima, em especial a concessão das isenções de PIS e COFINS.

A Zona Franca de Manaus, Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, traz em seu bojo lacunas de entendimento em virtude da ausência de regulação ou obscuridades para alguns pontos que tratam sobre a obtenção de benefícios fiscais como o PIS e COFINS. É sabido que, tais tributos são os mais complexos da legislação brasileira tendo essa afirmação amparo nas inúmeras Leis, Instruções Normativas, Soluções de Consulta, Soluções de Divergência e Decisões do STF (Supremo Tribunal Federal).

E isso leva ao questionamento de quais os fatores que limitam a aplicação geral das normas que possibilitam a isenção fiscal do PIS e COFINS para produtos comercializados na área de abrangência da Zona Franca de Manaus?

Frente a difícil e esparsa legislação tributária nacional tem-se como primeira hipótese a dificuldade de obtenção dos benefícios do PIS e COFINS a divergência no ordenamento jurídico, o que condiz com outra hipótese que é a obscuridade da legislação pertinente a Zona Franca de Manaus.

O que acaba por ser corroborado pela possibilidade da ausência de profissionais com conhecimento tributário, em especial, sobre PIS e COFINS, pois pela apresentação do CTN[4] e da legislação infralegal se torna difícil unificar as informações e conhecimento para obtenção das isenções.

Junto a esta hipótese ainda resta os fatores culturais que influenciam na aplicação da norma legal a respeito da isenção do PIS e COFINS para os produtos comercializados em Manaus, assim como a ausência de orientação da Zona Franca de Manaus a respeito da possibilidade de acesso a isenção fiscal.

Como destacado, afunilamento do mercado a incessante busca por fragmentos que possam gerar ganho são significados e nesta seara a tributação de produtos e serviços é deveras significativa. Sendo que, a relevância do desenvolvimento deste conteúdo ganha ainda mais peso quando considerado que o processo de isenção de tributos, como o PIS e COFINS, encontram barreiras impostas pelo próprio Fisco.

Tais barreiras, objetos de intensas *lides* nas variadas cortes do judiciário brasileiro, tem fundamento possível na obscuridade das legislações e decisões a cerca do caso. Logo, é límpida a prerrogativa acadêmica no desenvolvimento deste conteúdo, uma vez que com o avançar do seu desenvolvimento se entende que surtira na incidência da razão sobre os pontos de divergência.

De igual modo, existe a vertente social já que a dissipação destes pontos culmina na potencialização da economia, e, por conseguinte na geração de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

emprego e renda já que a Zona Franca de Manaus surge como amparo econômico social na Região Amazônica, e sendo mais especifico sobre a capital Manaus.

Em último caso, uma terceira vertente tem latência, ou seja, o campo cientifico, pois a formulação de uma tese implicará no esclarecimento da problemática arguida, assim como das hipóteses e objetivos almejados.

Logo, as possibilidades geradas com este estudo se traduzem perfeitamente como justificativa para este trabalho. Por último, a metodologia para a construção deste artigo é a de revisão bibliográfica, ou seja, este trabalho segue as diretrizes doutrinárias da pesquisa bibliográfica com ênfase qualitativa, onde o intuito é esclarecer a isenção de PIS e COFINS na Zona Franca de Manaus, em especial da comercialização de pneus importados.

Ao se abordar a vertente qualitativa deste trabalho percebe-se que nos ensinam que a abordagem qualitativa se trata de uma pesquisa que tem como premissa, analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano.

Sobre a abordagem deste conteúdo, têm-se como amostra as empresas da Zona Franca de Manaus, em especial as que realizam o comercio de pneus importados, uma vez que se busca com este conteúdo a descrição da utilização ou ausência deste processo nas empresas do mercado.

Este conteúdo adota fontes bibliográficas objetivando a produção de um conteúdo de revisão. Entende-se como amostra os referenciais teóricos explorados para a construção das informações contidas neste artigo.

Assim, o desenvolvimento deste pode ser aliado das empresas na obtenção de resultados positivos com custos inferiores a outros mercados.

1. AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

Ao abordarmos as espécies tributárias é relevante destacar que existem quatro teorias que abordam este universo. De acordo com o Portal VoxJus (2019) existem as teorias bipartida, tripartida, quadripartida e quinquepartida. Vejamos o que expõe a tabela 1.

Tabela 1: Teoria das espécies tributárias

Teoria	Descrição
Bipartida	Impostos e taxas
Tripartida	Impostos, taxas e contribuições de melhoria.
Quadripartida	Impostos, taxas, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios.
Quinquepartida	Impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições sociais.

Fonte: Portal VoxJus (2019)

Já sobre tributos, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, diz o seguinte em seu art. 3º: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Sobre a obrigação de pagar, Maia (2008) ensina que se trata de uma questão histórica da sociedade: "Com a consolidação das sociedades, tornou-se imperioso a criação de tributos no intuito de manter a máquina estatal funcionando, seja na manutenção de exércitos, seja nas condições básicas de saneamento básico".

Maia (2018) complementa em conteúdo *online*:

> Hoje sendo o tributo um instituto criado pelo direito positivo, sua noção deve ser aprendida das prescrições normativas que aglutina. Esta noção deve acompanhar as modificações da sociedade e do ordenamento jurídico em que se insere, como qualquer outro objeto cultural, sob pena de não haver compatibilização com a realidade vigente e com o próprio sistema jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Retomando o descritivo das teorias das espécies tributárias, temos os seguintes conceitos da tabela 2:

Tabela 2: Espécies de tributos

Descrição	Conceito
Impostos (Arts. 16 e 17, CTN)	Incidem, por exemplo, sobrea propriedade de imóvel urbano (IPTU),a disponibilidade de renda (Imposto sobre a Renda), a propriedade de veículo automotor (IPVA), entre outros.
Taxas (Art. 77 e parágrafo único, CTN)	As taxas decorrem de atividades estatais, tais como os serviços públicos ou do exercício do poder de polícia. Exemplos: custas judiciais e a taxa de licenciamento de veículos.
Contribuições de melhorias (Art. 81, CTN)	As contribuições de melhoria se originam da realização de obra pública que implique valorização de imóvel do contribuinte. Por exemplo: benfeitorias no entorno do imóvel residencial.
Empréstimos compulsórios (Art. 15, CTN)	Têm por finalidade buscar receitas para o Estado a fim de promover o financiamento de despesas extraordinárias ou urgentes, quando o interesse nacional esteja presente e;
Contribuições Parafiscais (Art. 149, CRFB/1988)	São tributos instituídos para promover o financiamento de atividades públicas. São, portanto, tributos finalísticos, ou seja, a sua essência pode ser encontrada no destino dado, pela lei, ao que foi arrecadado.

Fonte: Guia Tributário (2013).

Na perspectiva das contribuições arguidas pelo Guia Tributário (2013), adentramos no PIS e COFINS, como as contribuições sociais, ou seja, as

contribuições ao Programa de Integração Social e ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), que são de competência da União, encontram sua fundamentação legal na Constituição Federal no artigo 19.

Segundo Alves (2017, p. 1) estas contribuições se definem por:

> O PIS, criado pela Lei Complementar nº 7/1970, está destinada ao financiamento do seguro desemprego e do abono aos empregados com média de até dois salários mínimos de remuneração mensal, além de financiar programas de desenvolvimento econômico através do BNDES. Tal imposto incide sobre:
>
> - Faturamento das pessoas jurídicas de direto privado;
> - Folha de pagamento das entidades sem fins lucrativos;
> - Importação
>
> A COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70/1991, destina-se às despesas com atividades fim das áreas de saúde, previdência e assistência social. Incide sobre o valor do faturamento e importação.

O que ecoa sob o pensar de Nicoli e Ramos (2016, p. 38):

> O Programa de Integração Social (PIS) foi instituído a partir da publicação da Lei Complementar nº 07 de 1970, com o objetivo de promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas. Enquanto que o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Pasep foi criado pela Lei Complementar nº 08, de 1970, com a finalidade de beneficiar os funcionários públicos.

Nicoli e Ramos (2016) ainda ensinam que: "A contribuição para o PIS/Pasep, atualmente está embasada na Lei nº 9.715/1998, resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.212/1995, publicada no Diário Oficial da União em 26.11.1998".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Rodrigues (2017, p. 3), por sua vez, contextualiza o PIS e COFINS: "Estão entre os tributos mais onerosos para empresas; mais de 30% da arrecadação da Receita Federal; de legislação complexa, esparsa e instável; e, não cumulativa totalmente diferente do ICMS e do IPI".

Retomando o histórico do COFINS temos:

> A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) foi instituída pela Lei Complementar nº 70/1991, muito depois da criação do PIS e do Pasep e após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passando por diversas modificações com o decorrer do tempo, a partir da competência fevereiro de 1999, com base na Lei nº 9.718, publicada no Diário Oficial da União em 28/11/1998.
>
> A Cofins foi a sucessora do Fundo de Investimento Social (Finsocial), criado pelo Decreto-lei nº 1940/1982, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em controle difuso de constitucionalidade, e extinto pela Lei Complementar nº 70/1991.
>
> A Lei nº 9.718/1998 também sofreu alterações por meio da Medida Provisória nº 1.807/1999, atual Medida Provisória nº 2.158/2001. Outras muitas alterações foram procedidas por meio das Leis nos 10.833/2003, 10.865/2004, 10.925/2004 e 12.973/2014 (NICOLI; RAMOS, 2016, p. 41).

Algo de relevante consideração é que Nicoli e Ramos (2016) destacam que o COFINS possui duas modalidades, ou seja, "sobre o faturamento e sobre a importação", no último caso é a situação que se estabelece para a SUFRAMA[5].

De igual forma, Viana *et. al*(2015) nos ensina que:

> Ainda, a venda de mercadorias destinadas ao consumo na ZFM, também possuem alíquota zero de PIS e COFINS, por

força do artigo 2º da Lei nº. 10.996/04. Portanto, as receitas advindas das vendas para a ZFM ou áreas de livre comércio devem ser excluídas da base de cálculo tributada da contribuição do PIS e da COFINS.

Entretanto, o que pode acontecer é a pessoa jurídica deixar de efetuar a exclusão de tais receitas da base de cálculo do PIS e da Cofins. Nesse caso, para a recuperação desses créditos é necessário fazer uma apuração identificando as receitas auferidas com venda à Zona Franca de Manaus e verificar se esses valores foram realmente incluídos na base de cálculo para pagamento do imposto e da contribuição citados.

De forma jurisprudencial, o STF em decisão de nº 6018299/2015 reforça a concessão de tais benefícios:

> "TRIBUTÁRIO. RECEITAS DE VENDAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO REINTEGRA.
>
> 1. O art. 4º do Decreto-Lei nº 288/67, recepcionado expressamente pelo art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e o art. 475 do Decreto nº 4.543/02 equipararam, para efeitos fiscais, as vendas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus - ZFM e as Áreas de Livre Comércio - ALC às operações de exportação de mercadorias para o exterior.
>
> 2. Tais receitas, por serem equiparadas às receitas de exportação, devem compor a base de cálculo do REINTEGRA, incentivo fiscal instituído para desonerar o exportador produtor de bens manufaturados.
>
> 3. Sentença mantida"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Estas contribuições, de acordo com o Sindicato de Contabilistas de Curitiba (2013, p. 50) são "incidentes sobre o faturamento as pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda".

2. ZONA FRANCA DE MANAUS

A SUFRAMA é uma Autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior que administra a Zona Franca de Manaus - ZFM, com a responsabilidade de construir um modelo de desenvolvimento regional que utilize de forma sustentável os recursos naturais, assegurando viabilidade econômica e melhoria da qualidade de vida das populações locais[6]. A área industrial ocupada pela SUFRAMA é de 3,9 mil hectares, sendo que as empresas instaladas atualmente ocupam menos de 1,7 hectares, estando disponível para receber novos empreendimentos mais de 2,2 hectares.

Em respeito à Zona Franca de Manaus é necessário apontar a descrição de Briglia (2009, p. 5): "A Zona Franca de Manaus foi criada pela Lei nº 3.173 de 06 de junho de 1957, sendo emendada e reformulada, dez anos após sua promulgação, através do Decreto-Lei nº 288 pelo Governo Federal".

A política tributária da ZFM é diferenciada conforme informação constante no sitio da SUFRAMA (2018): "A política tributária vigente na Zona Franca de Manaus é diferenciada do restante do país, oferecendo benefícios locacionais, objetivando minimizar os custos amazônicos".

Quando se aborda as vantagens de isenção fiscal ou politica tributária Federal, deve-se considerar ainda o reforço das políticas tributárias estaduais e municipais. A SUFRAMA (2018) indica os seguintes benefícios que as empresas sediadas na área de incentivo podem aproveitar:

> Tributos federais: Redução de até 88% do Imposto de Importação (I.I.) sobre os insumos destinados à industrialização; Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (I.P.I.); Redução de 75% do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, inclusive adicionais de empreendimentos

> classificados como prioritários para o desenvolvimento regional, calculados com base no Lucro da Exploração até 2013; e Isenção da contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins nas operações internas na Zona Franca de Manaus.
>
> Tributos estaduais: Restituição parcial ou total, variando de 55% a 100% – dependendo do projeto – do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).
>
> Vantagens locacionais: No parque industrial de Manaus, o investidor tem à disposição terreno a preço simbólico, com infra-estrutura de captação e tratamento de água, sistema viário urbanizado, rede de abastecimento de água, rede de telecomunicações, rede de esgoto sanitário e drenagem pluvial.

O que condiz com o seguinte texto legal presente na Medida Provisória nº 202, de 23 de julho de 2004:

> Art. 2ºFicam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) incidentes sobre as receitas de vendas de mercadorias destinadas ao consumo ou à industrialização na Zona Franca de Manaus (ZFM), por pessoa jurídica estabelecida fora da ZFM (BRASIL, 2004).

O que ecoa sobre o pensar de Galhardo (2018):

> A Zona Franca de Manaus e as Áreas de Livre Comércio são as seguintes: Município de Manaus (AM); Municípios de Tabatinga, Presidente Figueiredo e Rio Preto da Eva (AM); Município de Guajará-mirim (RO); Municípios de Bonfim e Pacaraíma (RR); Municípios de Macapá e Santana

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> (AP);Municípios de Brasiléia, Cruzeiro do Sul e Epitaciolândia (AC). Tratando isoladamente o município de Manaus, além da isenção do ICMS e IPI ocorre, também, a não incidência das contribuições do PIS e da COFINS.

Além disso, a própria SUFRAMA expõe em material próprio os seus benefícios de isenção do PIS e COFINS:

> Suspensão do PIS/PASEP e COFINS nas importações efetuadas por empresas localizadas na Zona Franca de Manaus de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, para emprego em processo de industrialização por estabelecimentos industriais localizados na ZFM com projetos aprovados pela SUFRAMA. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: Lei n.º 10.865/2004, art. 7º, inciso I; Lei n.º 10.865/2004, art. 8º, parágrafos 1º a 10º, com novas alíquotas dadas pela Lei 13.137/2015, art.1º; Lei 12.865/2013, art. 26; Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n.º 1.401/2013 (BRASIL, 2016).

Considerando que "o governo brasileiro, por meio da SUFRAMA e de outros organismos governamentais, realiza elevados investimentos em infraestrutura, para que o investidor tenha atendidas todas as condições para instalar seu empreendimento no Polo Industrial de Manaus" (SUFRAMA, 2018) torna-se necessário compreender o CAS, ou seja, o Conselho de Administração da SUFRAMA que mantém entre uma de suas atribuições a avaliação das empresas que possuem interesse de usufruir dos benefícios fiscais previstos:

> Diretrizes gerais para elaboração dos planos anuais e plurianuais de trabalho;
>
> Projetos de empresas que objetivem usufruir os benefícios fiscais previstos nos artigos 7º e 9º do Decreto-Lei nº 288, de 1967, com as modificações da Lei nº 8.387, de 30 de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> dezembro de 1991 e no art. 6º do Decreto-Lei nº 1435 de 16 de dezembro de 1975, bem assim estabelecer normas, exigências, limitações e condições para aprovação dos projetos.
>
> Normas e critérios gerais para a execução de planos, programas, projetos, obras e serviços a cargo da entidade;
>
> Os convênios, acordos e contratos;
>
> As operações de créditos e financiamento, inclusive para custeio de estudos de interesse da Autarquia e do modelo ZFM, serviços e obras.
>
> Todas as decisões do CAS são transformadas em Resoluções; a maioria é de interesse restrito de cada projeto aprovado, mas existem as de caráter geral que norteiam a relação das empresas com a SUFRAMA e os procedimentos para o acesso aos benefícios administrados pela Autarquia (SUFRAMA, 2018).

O Ministério da Economia (2018) esclarece a abrangência da Zona Franca de Manaus:

> A política tributária vigente na Zona Franca de Manaus, diferente dos demais centros do país, oferece benefícios locacionais, objetivando minimizar os custos amazônicos. Vale ressaltar os incentivos fiscais especiais para a implantação de Projetos Industriais e agropecuários na sua área de abrangência, ou seja, dentro de uma área contínua com a superfície mínima de dez mil quilômetros quadrados, incluindo a Cidade de Manaus e seus arredores, na margem esquerda dos rios Negro e Amazonas, conforme estabelece o Decreto-Lei nº 288/67.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Além de vantagens oferecidas pelo Governo Federal, o modelo ZFM é reforçado por políticas tributárias estadual e municipal.

Frente à abrangência é relevante expor trechos do discurso proferido pelo Superintendente da SUFRAMA, em 2018, a época dos 50 anos do modelo econômico:

> O Polo Industrial de Manaus, conta hoje com aproximadamente 500 empresas instaladas, alcançou no último ano faturamento nominal de 81,74 bilhões de reais, um crescimento de 9,41% em relação ao ano anterior, e asseguraram a manutenção de mais de 86 mil empregos diretos. Resultados que refletem uma superação gradativa do cenário recessivo que vem se desdobrando desde o final de 2014.
>
> Para os próximos três anos, temos a perspectiva de implantação de 142 novos projetos industriais aprovados em 2017, com investimentos globais de mais de 2bilhões de dólares e previsão de faturamento de aproximadamente 16 bilhões de dólares, com possibilidade de geração de quase 4 mil novos postos de trabalho.
>
> E iniciamos 2018 com a perspectiva de viabilização de mais 30 projetos industriais que somam investimentos globais da ordem de 107 milhões de dólares e mais de 19 milhões de dólares em investimentos fixos, que deverão gerar 572 novos empregos diretos ao longo de três anos de implementação (BRASIL, 2018).

Na Zona Franca de Manaus é importante considerar o que Baleeiro (2002, p. 212) diz: "O governo brasileiro, por meio da SUFRAMA [..], realiza elevados investimentos em infraestrutura, para que o investidor tenha atendidas todas as condições necessárias para instalar seu empreendimento no Polo Industrial".

A Zona Franca de Manaus já passou por quatro prorrogações, sendo a última em 2014 como descreve o conteúdo retirado do Portal do Governo Brasileiro:

> Em sessão solene nesta terça-feira (5), o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 83/2014, que prorroga os incentivos fiscais especiais do projeto Zona Franca de Manaus (ZFM) até o ano de 2073. A emenda cria, efetivamente, o artigo 92-A no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal, acrescentando 50 anos ao prazo fixado no dispositivo, segundo o qual a vigência dos benefícios se encerraria em 2023 (BRASIL, 2017).

É necessário findar destacando que a Zona Franca de Manaus é alvo de constantes embates jurídicos, sendo o último em 2019 no STF sobre o crédito de IPI:

> Em uma derrota para a União, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu ontem, por 6 votos a 4, que empresas de fora da Zona Franca de Manaus (ZFM), que compram insumos da região isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), terão direito a contabilizar como crédito tributário o valor do IPI, como se o imposto tivesse sido pago. Com a decisão, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) estima um impacto financeiro de pelo menos R$ 49,7 bilhões em cinco anos (MOURA; PUPO, 2019).

Destaca-se, como bem diz o trecho noticiado, a Zona Franca de Manaus saiu vencedora do embate tutelado pela União.

3. ISENÇÃO FISCAL NO BRASIL

Maciel (2010, p. 4) descreve o contexto do cenário fiscal, especialmente sobre o papel das isenções para o desenvolvimento econômico brasileiro:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Somente a partir do amplo conjunto de reformas institucionais realizadas ao longo da década de 1960 o sistema tributário passou a ter papel preponderante no processo de substituição de importações. Além dos incentivos fiscais direcionados ao desenvolvimento regional e setorial interno e às exportações, foram instituídos incentivos fiscais para beneficiar a importação de bens de capital, que visassem o desenvolvimento do complexo industrial brasileiro e permitissem a progressiva substituição de importações.

A política tributária desenvolvida a partir de 1988 vai de encontro à reformulação da política industrial estabelecida no governo Sarney, mas que somente foram formalmente adotadas em 1993 (Lei nº 8.661/93), e posteriormente ajustadas pelas Leis nº 10.637/02 e nº 11.196/05, o que encontra eco em Maciel (2010, p.4): "Em 1988, foram lançadas as bases da Nova Política Industrial, quando final e formalmente é revertido o modelo substitutivo de importações, no que tange à sua política tributária".

Ainda:

> A isenção é causa de exclusão do crédito tributário, nos termos do art. 175, do CTN. Contudo, a facilidade no estudo sobre este instituto cessa com essa afirmação, pois quando se avança para definir sua natureza jurídica, percebe-se que a doutrina pátria não é uníssona quanto a este ponto. Muito comumente se encontra nos manuais de direito tributário e em provas de concursos públicos a isenção definida como sendo mera dispensa legal de pagamento de tributo. Para fins de provas de concursos, ao menos naqueles que não permitem ao candidato desenvolver o tema em dissertação, recomenda-se, inclusive, a adoção deste conceito. Afinal, o próprio Supremo Tribunal Federal exarou julgado nesse sentido:

> A isenção é a dispensa do pagamento de um tributo devido em face da ocorrência de seu fato gerador. Constitui exceção instituída por lei à regra jurídica da tributação (ADI nº 286, Min. Maurício Corrêa) (LEAL, 2013).

Bastos e Oliveira (2018, p. 199) nos orientam que o sistema tributário se fundamenta sobre o preceito da ausência de benefícios uma vez que a concessão de tais renúncias pode soar como indevida. Logo, Bastos e Oliveira (2018, p. 199) orientam que: "observar-se-á que a concessão de isenção fiscal deve estar permeada pelo que a CF[7] nos mostra como definição ou conceituação e sistema constitucional tributário".

Este sentimento vai de encontro ao pensar de Barbosa (2007, p. 4) ao apontar a batalha de concessão de isenção fiscal para organismos não governamentais: "Os legisladores concedem 'isenções' que na verdade são imunidades asseguradas na Constituição, e, além disso, criam condições para o acesso a tais isenções que vão além daqueles requisitos que a lei complementar (o Código Tributário Nacional) estabeleceu".

4.COMERCIALIZAÇÃO DE PNEUS

A Zona Franca de Manaus também é uma área de livre comércio e a própria SUFRAMA (2016) orienta sobre isso:

> Isenção do imposto de importação na entrada de mercadorias estrangeiras, quando ***destinadas ao consumo e vendas internas***, beneficiamento de pescado, recursos minerais e matérias-primas agrícolas ou florestais, beneficiamento de pecuária, agricultura, agropecuária4 e piscicultura, ao turismo, à estocagem para exportação, estocagem para comercialização ou emprego em outros pontos do País, para construção e reparos navais6, industrialização de produtos em seus territórios, e para internação com bagagem acompanhada8, com exceção de armas e munições, fumo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros, perfumes e bens finais de informática ***[grifo nosso].***

O livre comércio na ZFM encontra eco no que descreve Schontag (2015, p. 3): "Se o produto industrializado na ZFM for de uso ou consumo final, o benefício da isenção vai se transferir ao longo da cadeia de comercialização [...]".

Azevedo (2010) esclarece o seguinte sobre a venda de produtos efetuada na Zona Franca de Manaus:

> Ficam reduzidas a ZERO as alíquotas do PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas de vendas de mercadorias destinadas ao consumo ou à industrialização na ZFM, por pessoa jurídica estabelecida fora da ZFM (art. 2° da Lei n° 10.996/2004 e art. 1° do Decreto n° 5.310/2004). Esta redução de alíquota aplica-se às vendas de mercadorias para pessoas jurídicas estabelecidas na ZFM que as utilizem diretamente ou as destinem à comercialização (§ 1° do art. 2° da Lei n° 10.996/2004 e § 1° do art. 1° do Decreto n° 5.310/2004). Neste caso, a empresa adquirente não terá direito ao crédito presumido do PIS/COFINS em relação aos bens e serviços adquiridos para revenda ou utilizados como insumos não sujeitos ao pagamento das referidas contribuições (art. 3°, § 2°, II, das Leis n°s 10.637/2002 e 10.833/2003).
>
> Por exemplo: Vamos supor que empresa estabelecida em Porto Alegre venda mercadorias para pessoa jurídica estabelecida na Zona Franca de Manaus, para que esta as utilize na industrialização de um determinado produto: Sobre a receita auferida nesta operação não haverá incidência do PIS/COFINS, tendo em vista que a alíquota é ZERO.

Azevedo (2010) ainda orienta sobre "receitas auferidas pelas pessoas jurídicas industriais estabelecidas na ZFM que apure o imposto de renda com base

no lucro real, decorrentes da venda de produção própria", em especial sobre as alíquotas dos produtos produzidos e vendidos na Zona Franca de Manaus:

> Consoante projeto aprovado pela SUFRAMA, às alíquotas serão de (art. 3° do Decreto n° 5.310/2004 e art. 2º da Instrução Normativa SRF nº 546/2005):
>
> 1. 0,65%, para PIS; e 3%, para Cofins, no caso de venda efetuada para pessoa jurídica estabelecida: a. na ZFM; e b. fora da ZFM, que apure as contribuições no regime não-cumulativo (entidades isentas e as empresas tributadas com base no lucro real que não auferem receitas enquadradas no art. 10 da Lei nº 10.833/2003).
>
> 2. 1,3%, para PIS; e 6%, para Cofins, no caso de venda efetuada a: a. pessoa jurídica estabelecida fora da ZFM, que apure o imposto de renda com base no lucro presumido; b. pessoa jurídica estabelecida fora da ZFM, que apure o imposto de renda com base no lucro real e que tenha sua receita, total ou parcialmente, excluída do regime não-cumulativo das contribuições (pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real e que estiverem auferindo receitas enquadradas no art. 10 da Lei nº 10.833/2003); c. pessoa jurídica estabelecida fora da ZFM e que seja optante pelo SIMPLES; e d. órgãos da administração federal, distrital e municipal. 3. 1,65%, para PIS; e 7,6%, para Cofins, no caso de venda efetuada a pessoa física (AZEVEDO, 2010).

O que é igualmente destacado pela Secretaria de Planejamento Econômico do Governo do Amazonas (2017) ao abordar o livre comercio para mercadorias na ZFM, ou seja, a isenção de tributos federais as mercadorias "destinadas ao consumo interno".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A questão da venda de produtos na Zona Franca de Manaus e nas áreas de livre comercio se estabelece no seguinte, como descreve a SUFRAMA:

> O incentivo consiste em redução das alíquotas do PIS/PASEP incidentes sobre as operações de vendas de produtos produzidos na Zona Franca de Manaus e vendidos por empresa industrial estabelecida na ZFM, com projeto aprovado pela SUFRAMA, aplicando-se alíquotas diferenciadas.
>
> Este incentivo também se aplica à receita bruta auferida por pessoa jurídica industrial ou comercial estabelecida nas Áreas de Livre Comércio.
>
> O incentivo consiste em redução das alíquotas da COFINS incidentes sobre as operações de vendas de produzidos na Zona Franca de Manaus e vendidos por empresa industrial estabelecida na ZFM, com projeto aprovado pela SUFRAMA, aplicando-se alíquotas diferenciadas.
>
> Este incentivo também se aplica à receita bruta auferida por pessoa jurídica industrial ou comercial estabelecida nas Áreas de Livre Comércio (BRASIL, 2016).

Os descontos de PIS e COFINS na SUFRAMA são ilustrados na tabela 3:

Tabela 3: Alíquotas diferenciadas nas vendas da ZFM e ALCs

Descrição	PIS/PASEP	COFINS
I) Venda efetuada a pessoa jurídica estabelecida na ZFM e ALCs	0,65%	3%
II) Venda efetuada a pessoa jurídica estabelecida FORA da Zona Franca de Manaus e das Áreas de	0,65%	3%

Livre Comércio, que apure PIS/COFINS no regime de não-cumulatividade;		
III) Venda efetuada a Pessoa jurídica estabelecida FORA da Zona Franca de Manaus e das Áreas de Livre Comércio, que apure o imposto de renda com base no lucro presumido.	1,30%	6%
IV) Venda efetuada a Pessoa jurídica estabelecida FORA da Zona Franca de Manaus e das Áreas de Livre Comércio, que apure o imposto de renda com base no lucro real e que tenha sua receita, total ou parcialmente, excluída do regime de incidência não-cumulativa do PIS/COFINS.	1,30%	6%
V) Venda efetuada a Pessoa jurídica estabelecida fora da Zona Franca de Manaus e das Áreas de Livre Comércio e que seja optante pelo SIMPLES.	1,30%	6%
VI) Venda efetuada a Órgão da administração federal, estadual, distrital e municipal.	1,30%	6%
VII) Alíquotas de Pneus	2%	9,5%

Fonte: BRASIL (2016).

Ainda mais,

> Para bens intermediários, a redução a 0 (zero) das alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS incidentes sobre as receitas decorrentes da comercialização de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, produzidos na ZFM, para emprego em processo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> industrialização por estabelecimentos industriais instalados na ZFM com projeto aprovado na SUFRAMA.
>
> Existe a obtenção de créditos na aquisição de mercadoria produzida por pessoa jurídica industrial estabelecida na Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio, consoante projeto aprovado pela SUFRAMA, determinado mediante a aplicação da alíquota de PIS/PASEP de 1%, na condição de que trata o § 12 do Art. 3º da Lei nº 10.637/2002. Na hipótese de pessoa jurídica comercial estabelecida nas ALCs, o Crédito deve ser calculado com aplicação de alíquota de 0,65% para revenda de mercadoria conforme teor dos parágrafos § § 15 e 16 do Art. 3º da Lei nº 10.637/2002 introduzidos pela Lei nº 11.945 de 04 de junho de 2009 (BRASIL, 2016).

Buscando amparo no Decreto-Lei nº 288 (BRASIL, 1967), em seu art. 4º, os incentivos para a comercialização de pneus ficam mais latentes pela positivação do direito, ou seja:

> Art 4º A exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro (Vide Decreto-lei nº 340, de 1967) (Vide Lei Complementar nº 4, de 1969).

Pela remissão legal, Lei nº 4502, de 30 de novembro de 1694, art. 7º, Inc. I, temos o seguinte: Art. 7º São também isentos: "I - os produtos exportados para o exterior, na forma das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda".

Portanto, legalmente é assegurado o direito de isenção para a comercialização de pneus na Zona Franca de Manaus.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os dados levantados neste estudo permitiram observar que a temática da sustentabilidade "Isenção fiscal na Zona Franca de Manaus: PIS e COFINS na Comercialização de Pneus Importados" aderem à necessidade de segurança jurídica que envolve a venda na Zona Franca de Manaus, uma vez que a legislação aponta para a positividade do direito enquanto as batalhas jurídicas possibilitam obscurecer um direito garantido às empresas que fazem uso deste modelo econômico.

Quanto ao objetivo geral – Identificar o processo de isenção fiscal da Zona Franca de Manaus, em especial o PIS e COFINS vislumbrou-se que a gama de jurisprudências e da legislação ordinária são claras na objetividade dos benefícios de isenção, o que é factível pela ótica do plano tático da existência da SUFRAMA. Porém, assim como é clara a existência dos processos do PIS e COFINS se nota entraves políticos nesse processo.

No tocante a descrição da legislação inerente a Zona Franca de Manaus em relação à isenção Fiscal entendemos como cumprido, uma vez que consta o roteiro deste modelo de negócio e a descrição dos benefícios fiscais presentes para as empresas instaladas na Região, assim como a forma de acesso a essas questões. Destaca-se ainda que, o levantamento deste conteúdo foi substancial para a concretização dos demais fundamentos.

A respeito do segundo objetivo especifico apontar as divergências legais em torno do PIS e COFINS para a Zona Franca de Manaus, foi demonstrado o positivismo da legislação e das jurisprudências dos tribunais superiores, porém – como supracitado, a notação de questões políticas que impõem dúvida, sobretudo ao modelo de negócio – além de declarar hipotético prejuízo aos demais entes federativos.

Já a apresentação dos caminhos para obtenção da isenção Fiscal do PIS e COFINS nas vendas realizadas para a Zona Franca de Manaus resta como tarefa cumprida, pois a apresentação dos objetivos anteriores denota claramente o êxito deste objetivo já que se identifica, mesmo que de maneira sucinta, o caminho a ser percorrido na vasta legislação existente sobre o assunto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Finalmente, espera-se com o presente estudo, colaborar para o esclarecimento do tema Isenção fiscal na Zona Franca de Manaus: PIS e COFINS na Comercialização de Pneus Importados, oportunidade essa que aproveitamos para sugerir o aprofundamento na temática a partir da manutenção dos benefícios fiscais em prol da manutenção do ecossistema da Amazônia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Patricia. **PIS e Cofins.** Ceará: CRC/Ceará, 2017.

AMAZONAS, Secretaria de Planejamento Econômico. **Guia do Investidor na Zona Franca de Manaus.** Manaus: Governo do Amazonas, 2017.

AZEVEDO, Robson de. **Pis e Cofins: Vendas para Zona Franca de Manaus – Isenção – ZFM.** 09 nov. 2010. Disponível em:<https://robsonecml.wordpress.com/2010/11/09/pis-e-cofins-vendas-para-zona-franca-de-manaus-iseno-zmf/> Acesso em: 25 maio. 2019.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. **Imunidade e isenção fiscal para Ong's**. São Paulo: PUC, 2007.

BASTOS, Ricardo Victor Ferreira; OLIVEIRA, Marlene Matos de. **A caracterização das isenções fiscais à luz do sistema tributário nacional: perspectiva de sua implementação sob a ótica constitucional.** Brasília: OAB/DF, 2018.

BRASIL, Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967. **Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus.** Brasília: D.O.U, 1967.

_____, Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. **Dispõe sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas.** Brasília: D.O.U, 1965.

_____, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Brasília: D.O.U, 1966.

_____, Medida Provisória nº 202, de 23 de julho de 2004. **Altera a legislação tributária federal.** Brasília/DF: D.O.U, 2004.

_____, Ministério da Economia. **Cartilha de incentivos fiscais: Um guia para quem deseja investir na Amazônia Legal**. Manaus: SUFRAMA, 2016.

_____, Ministério da Economia. **Zona Franca de Manaus**. 2018. Disponível em:<http://www.mdic.gov.br/index.php/competitividade-industrial/renaipublic/arquivo/arq1272655180.pdf> Acesso em: 28 mar. 2019.

_____, Superintendência da Zona Franca de Manaus**. CAS**. Disponível em:<http://www.SUFRAMA.gov.br/SUFRAMA_cas.cfm> Acesso em: 19 jun. 2019.

_____, Superintendência da Zona Franca de Manaus**. Incentivos**. Disponível em:<http://www.SUFRAMA.gov.br/zfm_incentivos.cfm> Acesso em: 19 jun. 2019.

_____, Superintendência da Zona Franca de Manaus**. O que é Suframa?.** Disponível em:<http://www.SUFRAMA.gov.br/suframa_o_que_e_suframa.cfm> Acesso em: 19 jun. 2019.

_____, Superintendência da Zona Franca de Manaus. **Zona Franca de Manaus: 50 anos mais.** Manaus/AM: SUFRAMA, 2018.

_____. **Zona Franca de Manaus foi prorrogada até 2073**. 22 dez. 2017. Disponível em:< http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/08/zona-franca-de-manaus-esta-oficialmente-prorrogada-ate-2073> Acesso em: 22 jun. 2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. Tributário. **Receitas de vendas para a Zona Franca de Manaus e áreas de livre comércio. Inclusão na base de cálculo do reintegra: Decisão nº 6018299.** Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=242&dataPublicacao=01/12/2015&incidente=4874480&capitulo=6&codigoMateria=3&numeroMateria=182&texto=6018299> Acesso em: 20 jun. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRIGLIA, Bernardo Benning. **Zona Franca de Manaus: Um bom investimento?.** Rio de Janeiro: PUC/Rio, 2009.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado **FEDERAL**: Centro Gráfico, 1988.

ESTADÃO. **STF amplia subsídio à Zona Franca de Manaus.** Rafael Moraes Moura e Amanda Pupo, Impresso. 26 abr. 2019. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,stf-amplia-subsidio-a-zona-franca-de-manaus,70002804876. Acesso em: 29 abr. 2019.

FREITAS, Ernani Cesar; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GALHARDO, Alexandre. **Operações destinadas a SUFRAMA.** 2018. Disponível em:<http://www.portaltributario.com.br/artigos/SUFRAMA.htm> Acesso em: 15 jul. 2019.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GUIA TRIBUTÁRIO. **Saiba o Que é Tributo e Quais Suas Espécies**. 20 fev. 2013. Disponível em:<https://guiatributario.net/2013/02/20/saiba-o-que-e-tributo-e-quais-suas-especies/> Acesso em: 15 jul. 2019.

HAYRTON. **Para que serve um cronograma.** 09 jun. 2010. Disponível em:<https://qualidadeonline.wordpress.com/2010/06/09/para-que-serve-um-cronograma/> Acesso em: 25 dez. 2018.

LEAL, Marcello. **Isenção: natureza jurídica e requisitos para sua concessão.** 2013. Disponível em:<https://marcelloleal.jusbrasil.com.br/artigos/111758307/isencao-natureza-juridica-e-requisitos-para-sua-concessao> Acesso em: 21 jul. 2013.

MACIEL, Marcelo Sobreiro. **Política de incentivos fiscais: quem recebe isenção por setores e regiões do país.** Brasília/DF: Senado Federal, 2010.

MAIA, Lucas de Almeida. **As espécies tributárias.** 28 maio. 2008. Disponível em:<https://www.webartigos.com/artigos/as-especies-tributarias/6457/> Acesso em: 10 jul. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia Cientifica.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NICOLI, Andrea Teixeira; RAMOS, Rogério Bezerra. **Guia do PIS/PASEP e da COFINS.**5 edição. SAGE: São Paulo, 2016.

PORTAL VOXJUS. **Quais são as 5 espécies tributárias?** 30 jan. 2019. Disponível em:<http://voxjus.com.br/index.php/2019/01/30/quais-sao-as-5-especies-tributarias/> Acesso em: 15 jul. 2019.

RODRIGUES, Fábio. **PIS e Cofins: Apuração, créditos, ricos e benefícios**. Sergipe: CRC/Sergipe, 2017.

SCHONTAG, José Antonio. **Tributação.** São Paulo: FGV, 2015.

SICONTIBA. **PIS e Cofins**. Paraná: CRC/Curitiba, 2013.

VIANA, Salomão *et. al.***Zona Franca de Manaus – Saiba como recuperar créditos tributários desse ponto.** 2015. Disponível em: https://studiofiscal.jusbrasil.com.br/artigos/170064017/zona-franca-de-manaus-saiba-como-recuperar-creditos-tributarios-desse-ponto. Acesso em: 29 abr. 2019.

NOTAS:

---

[1] Docente do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).
[2] PIS - Programa de Integração Social.
[3] COFINS - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.
[4] Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966.
[5] Superintendência da Zona Franca de Manaus
[6] Disponível em:< http://www.suframa.gov.br/suframa_o_que_e_suframa.cfm> Acesso em: 19 jun. 2019.
[7] Constituição Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.*

www.conteudojuridico.com.br

A DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL NOS CRIMES DE AUTORIA COLETIVA NA ETAPA DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E PARA A CONDENAÇÃO.

FELIPE ALMEIDA GARCIA SANTOS, o autor: Advogado. Bacharel em Direito pela UFBA.

RESUMO: Muito se tem discutido na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de relativização do artigo 41 do Código de Processo Penal, de modo a possibilitar que os acusados em delitos cometidos em concurso de pessoas sejam denunciados e condenados sem a exigência dos requisitos legais, em decorrência da inerente dificuldade de prova nesses casos. O presente trabalho visa superar tal controvérsia, buscando delimitar se e em quais momentos a relativização seria possível, de modo a não ferir os direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos.

Palavras-chave: Artigo 41; Código de Processo Penal; Concurso de pessoas; Relativização; Garantias Constitucionais.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Nova criminalidade e seus caracteres; 3. A aplicação da Teoria do Domínio do Fato; 4. Enfrentamento da questão pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência; 5. Conclusão.

ABSTRACT: Doctrine and jurisprudence have discussed a lot about the possibility of relativization of Brazilian Code of Criminal Procedure's article 41. This way, people accused in crimes committed by more than one person would be denounced and condemned without the observation of legal requirements, due to the inherent difficulty of proof in such cases. This study aims to overcome the controversy, seeking to delimit if and when it would be possible, in a way to avoid violating rights and guarantees established in the Constitution.

Keywords: Article 41; Code of Criminal Procedure; People cooperation; Relativization; Constitucional guarantees.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, em decorrência do fenômeno da globalização econômica, surgiram novas espécies de delitos, para os quais o Direito Penal

Clássico mostrou-se ineficaz no combate. São os crimes cometidos dentro de estruturas empresariais, e que lesam, em regra, bens jurídicos supra individuais.

A impossibilidade de responsabilização da própria pessoa jurídica nesses casos leva à tentativa de responsabilização das pessoas físicas envolvidas. Estas, contudo, envoltos pela complexa estrutura empresarial, não podem ter sua conduta facilmente individualizada em todas as circunstâncias fáticas, objetiva e subjetivamente consideradas, como exige o artigo 41 do Código de Processo Penal.

O resultado deste impasse é um dissenso doutrinário e jurisprudencial, que questiona se e quando é possível a relativização do artigo supracitado, bem como dos princípios constitucionais que garantem ao acusado a presunção de inocência e uma ampla defesa.

O presente artigo visa, a partir de um novo conceito de autoria, mais apropriado para este novo tipo de criminalidade, aferir em quais hipóteses e sob quais condições poderá ser aceita a denúncia pelo juiz, bem como prolatada sentença penal condenatória, quando se tratar de crime cometido por intermédio de pessoa jurídica.

Para tanto, utilizamo-nos não só de revisão bibliográfica sobre o tema, como também de pesquisa jurisprudencial nos Tribunais Superiores Brasileiros, para saber como a questão vem sendo tratada desde a promulgação da atual Constituição Federal, em 1988.

2 NOVA CRIMINALIDADE E SEUS CARACTERES

A criminalidade contemporânea, entendida como aquela inerente ao mundo globalizado da segunda metade do século XX e início do século XXI, passou a apresentar certas características próprias que a distingue da criminalidade clássica, na qual atentava-se contra o patrimônio individual de um sujeito determinado.

Conforme constatou Klaus Tiedemann (1975, p. 471), essa nova criminalidade relaciona-se, sobretudo, com novos crimes praticados contra um bem jurídico relativamente novo na análise doutrinária: a ordem econômica. Nesses casos, o bem jurídico lesado não era individual, mas sim de interesse coletivo: bens sociais e difusos. Os prejuízos passaram a ser da sociedade como um todo, incluindo o Estado, os particulares e o próprio sistema de organização e controle da economia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os crimes econômicos, entendidos como os lesivos à ordem econômica de uma nação, foram por Wilfried Bottke (1995, p. 640) definidos como aqueles que afetam "las condiciones essenciales de funcionamento del sistema económico respectivo y eventualmente dado al legislador penal em la Constituición".

A superveniência desta nova criminalidade criou uma nova realidade no Direito Penal. Cresceu o número dos chamados crimes de perigo, que são aqueles nos quais não se exige a efetiva lesão de bem jurídico para consumação. Do mesmo modo, houve um crescimento dos chamados tipos penais abertos, e a tutela dos chamados bens coletivos passou a ser prioridade do Estado. Analisaremos aqui um pouco dessas novas características.

Os tipos penais abertos são aqueles cujo conteúdo não é exaustivamente especificado pelo legislador. Em outras palavras, são normas que permitem maior atuação do intérprete, que utiliza-se de outras fontes do direito para chegar a uma conclusão sobre a aplicabilidade do tipo. Exemplo – na seara do direito penal econômico – de tipo aberto é o artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, que tipifica o crime de "gestão temerária", na qual não se delineia claramente o alcance da expressão.

Muito criticada é a utilização dos tipos penais abertos pela doutrina (SOUZA, 2012, p. 65), que acredita –majoritariamente- que essas normas violam os princípios da legalidade e da lesividade, bem como a própria segurança jurídica, devendo ser utilizadas somente em situações em que não haja outra forma de proteção do bem jurídico.

A criminalização do risco, concretizada pelos chamados crimes de dano, caracterizam-se pela simples criação de perigo para o bem protegido, sem produção de dano efetivo. Guillermo Yacobucci (2008, p. 39) e Arnaldo Quirino (2012, p.39) explicam que tal técnica legislativa é necessária em decorrência da realidade da sociedade de risco atual. O Direito Penal precisaria proteger preventivamente o bem jurídico, ou então não teria qualquer utilidade. Esse "adiantamento da aplicação da sanção" decorre da importância do bem jurídico sujeito à lesão, o qual pode refletir sobre diversos aspectos da vida em sociedade (GONÇALVES, 2014, p. 15).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Essa permissão, todavia, não significa que esses tipos devam ser tidos como regra. Pelo contrário, constituem exceção na construção dos tipos penais, principalmente por entrarem em linha de confronto com alguns princípios garantidores da justa persecução penal, nomeadamente por estabelecerem *presunções* de ofensa ao bem jurídico (ALMEIDA, 2012).

Por fim, temos a tutela intensiva em relação aos chamados bens supra individuais. A tutela desses bens se dá em decorrência da nova realidade jurídica do mundo contemporâneo, na qual o enfoque da proteção jurídica passou do indivíduo para o coletivo, ressaltando valores coletivos. Aliás, em última análise, não se pode negar que o ataque a bens coletivos também afetam o bem individual de cada cidadão, motivo que reforça a necessidade de sua tutela.

O emergir desses novos elementos tem relação direta com uma outra característica da criminalidade contemporânea: o crescimento da prática de delitos por intermédio de pessoa jurídica. Nesse sentido, Klaus Tiedemann (1993, p. 264) destaca que, em um estudo realizado em meados de 1979 nos Estados Unidos, constatou-se que as empresas estão consideravelmente relacionadas com a criminalidade econômica. Por esse mesmo motivo, o Conselho Europeu, em 1988, recomendou a adoção da punibilidade penal das empresas ou de sanções administrativas mais rígidas para conter essas condutas criminosas (GONÇALVES, 2014, p. 11).

O problema que surge, então, é o de que as pessoas jurídicas não podem, no Brasil, ser responsabilizadas por crimes diversos dos ambientais (conforme art. 225, §3 da Constituição Federal). Assim sendo, ocorre uma verdadeira "dispersão de responsabilidade" (MALAN, 2007, p. 453), na medida em que a complexa estrutura empresarial atrapalha sensivelmente a aferição das responsabilidades individuais.

Roberto Gullo (2005, p. 09), ao analisar essa realidade, assevera que esses novos delitos se caracterizam pela complexidade das condutas e pelas dificuldades processuais e criminológicas derivadas dessa complexidade. O reflexo dessas dificuldades acaba sendo o estado de impunidade, pois baixa é a quantidade de provas e, consequentemente de condenações derivadas desse tipo de delito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Se não é possível, conforme exposto acima, responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, a solução que resta é a identificação das pessoas físicas responsáveis pelo ilícito. Infelizmente, esta não tem sido uma tarefa fácil para as autoridades policias e judiciárias. Isto porque, nos casos de "crimes praticados por meio de empresa", cujos órgãos de decisão são colegiados, é deveras tortuosa a missão de localizar o verdadeiro responsável pela conduta punível. Se a individualização da conduta de cada agente, em todas as suas circunstâncias fáticas, é tarefa hercúlea para o juiz em sede de instrução processual, mais ainda o é para o Ministério Público, que baseia-se majoritariamente por provas administrativas e cíveis para o oferecimento da denúncia.

Importante salientar que esse problema não existe nos casos em que todos os sócios, dirigentes ou administradores agem de forma consciente e em concurso de pessoas, visando a consecução da ação criminosa. Quando assim ocorrer, evidentemente é possível identificar os responsáveis, individualizando a conduta de cada um (KNOPFHOLZ, 2013, p. 145). O problema recai naqueles casos nos quais não existe um concurso claro de pessoas, nos casos em que a responsabilidade seria aparentemente da pessoa jurídica. É para estes casos que o presente trabalho busca uma solução (GONÇALVES, 2014, p. 32).

Tendo em vista essa nova realidade, necessário se faz a construção de um novo conceito de autor, que contemple as complexas circunstâncias da nova criminalidade e que possibilite a aferição da autoria individual de forma justa, mantendo a observância dos princípios constitucionais penais.

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A Teoria do Domínio do Fato é uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, que, conforme ressalta Bitencourt (2012, p. 488), logra êxito ao distinguir com clareza autor e executor, admitindo com facilidade a figura do autor mediato, além de possibilitar melhor compreensão da coautoria.

A teoria do domínio do fato é a corrente hoje preponderante do Direito Penal alemão (ROXIN, 2000, p. 129), tendo sido inicialmente elaborada por Hans Welzel, e mais tarde desenvolvida por doutrinadores como Gallas, Maurach, Roxin e Jeschek (BATISTA, 2004, p. 70).

Seguindo um critério denominado por Nilo Batista (2004, p. 69) de *final-objetivo*, essa teoria propugna que autor seria o indivíduo que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo.

Trata-se de teoria mista que conjuga critérios objetivos e subjetivos, segundo a qual autor, como sugere a denominação, é o indivíduo que detém o domínio da conduta delituosa, isto é, decide, em linhas gerais, o "se" e o "como" de sua realização (QUEIROZ, 2012, p. 321).

Seria parcialmente objetiva pois aquele que tem o domínio do fato pode atuar com a vontade que bem quiser e continuará tendo o domínio do fato: ele é detentor de importância material para realização do fato típico, e não pode modificar essa situação por simples ato de vontade. São as circunstâncias fáticas que determinam essa posição[1].

Subjetiva, por outro lado, pois essa posição de domínio só é concebível com a intervenção da consciência e vontade do agente (BATISTA, 2004, p. 71): não existe domínio do fato sem dolo, aqui compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que integram o tipo legal.

Em decorrência de seu caráter parcialmente subjetivo, temos que a teoria do domínio do fato somente se aplica aos delitos dolosos, isso porque somente nestes pode-se falar em domínio final do fato típico. Os delitos culposos, conforme assevera Bitencourt (2012, p. 489), caracterizam-se exatamente pela perda desse domínio.

Desta feita, a noção de domínio do fato (Tatherrschaft, em alemão) se constitui de uma (objetiva) disponibilidade da decisão sobre a consumação ou desistência do delito, que deve ser conhecida pelo agente (isto é, dolosa, subjetiva) (BATISTA, 2004, p. 71).

A adoção dessa teoria traz algumas implicações lógicas: a) seria autor quem executa, por sua própria mão, todos os elementos do tipo (quem mata, quem estupra, etc.); b) seria autor quem executa o fato utilizando outro como instrumento (autoria mediata); c) seria autor ou coautor quem realiza uma parte necessária da execução do plano global (domínio funcional do fato), ainda que não seja um fato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

típico em sentido estrito, mas participando da resolução criminosa (QUEIROZ, 2012, p. 321). Nos demais casos, haveria participação.

Conforme se observa, ao adotarmos essa teoria temos uma ampliação subjetiva da autoria, devendo ser considerado autor todo aquele que executa os elementos do tipo, que se serve de outrem para fazê-lo ou que realiza parte necessária da execução do plano. Em todos esses casos, a não-atuação do indivíduo inviabilizaria o êxito da ação criminosa. Logo, em todos eles temos autoria.

Por fim, emerge importante a observação de que o domínio do fato não deve ser tratado como um conceito indeterminado ou fixo. Trata-se de conceito aberto, admitindo como elementos o método descritivo e a integração do regulativo, devendo a expressão "regulativo" aqui ser interpretada como indicador de direção (BATISTA, 2004, p. 73). Assim sendo, quando da utilização desta, deve ocorrer um deslocamento do "direito da lei", para o "direito dos juízes", que deverão decidir com base no caso concreto, e não em mera abstração legal[2].

Roxin bem descreve esse fenômeno quando assevera que:

> No podemos, sin conocer el contenido del parêntesis, sacar el concepto delante del parêntesis y despues aplicarlo a los casos concretos. Más bien tenemos que internarmos desde el principio em la diversidade de la matéria, registrar las distintas formas de la intervencion en el sucesso delictivo que se encuentran empiricamente y describir para cada grupo de casos individualmente como surte efecto la idea del domínio del hecho (2000. p.149).

Desta forma, cabe ao julgador, quando da apreciação individualizada de cada caso, aferir quem possuía o domínio do fato (nas suas diferentes formas de exprimir-se, haja vista tratar-se de conceito aberto) e quem não possuía, discernindo assim autores e partícipes.

Feita essa primeira construção, podemos agora tratar da manifestação da teoria do domínio do fato que mais importa para o objeto deste trabalho, qual seja, o domínio do fato em virtude de empresas, maquinarias ou estruturas de poder organizadas. Essa face da teoria até muito pouco tempo não era tratada pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

doutrina, cabendo a Claus Roxin (2000. p.270) [3] trazer à tona a discussão sobre as hipóteses em que um sujeito oculto tem à sua disposição uma estrutura de poder, com a qual não mais necessita delegar ao executor do crime a decisão sobre a realização ou não do mesmo. Se esse executor por acaso decide não ir até o final com a conduta criminosa, outro o fará, tal a força da estrutura criminosa.

Levando em conta a teoria desenvolvida por Claus Roxin, trataremos a seguir do enfrentamento da questão pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela doutrina pátria.

4 ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO E PELA JURISPRUDÊNCIA

O ordenamento jurídico brasileiro trata da questão em alguns dispositivos, como é o caso do art. 25 da Lei 7492/86, do art. 75 da Lei 8078/90 e do art. 73 §2º da Lei 4728/65. Nestes, o que ocorre é uma presunção relativa de responsabilidade dos sócios, administradores e diretores, a partir da constatação – através da análise do ato constitutivo da empresa - de que o agente se envolve com as atividades que deram origem à conduta ilícita (PRATES, 2000, p. 32).

Muitas vezes o que se observa na prática é uma não correspondência do que está disposto no ato constitutivo e o que de fato ocorre na prática. Dentro do complexo sistema empresarial contemporâneo, nem sempre o controle de determinada atividade pode ser em sua totalidade atribuído a determinada pessoa (ALMEIDA, 2012, p.83). Desse modo, o que se teria seria uma verdadeira responsabilização objetiva dos sócios/administradores, que pelas simples circunstancias do cargo que ocupam, estariam sujeitos à reprimenda penal.

O entendimento doutrinário tem sido majoritariamente neste sentido, considerando essa presunção relativa de responsabilidade do sócio verdadeira afronta aos princípios constitucionais vigentes. Para Cezar Roberto Bitencourt, "isso seria uma afronta aos princípios relativos à culpabilidade de uma forma direta, (...) colocando em risco as garantias individuais tão arduamente conseguidas no Estado de Direito" [4] [5].

Alexandre Knopfholz traz uma observação de extrema importância, quando assevera que "diante da inconteste dificuldade de identificação de autoria em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

crimes praticados no seio de uma empresa, são oferecidas denúncias genéricas, sem se individualizar a conduta de cada sócio, diretor ou gestor de uma pessoa jurídica (2013, p. 27-39). Para ele, toda essa problemática gira em torno da possibilidade ou não de apresentação (e aceitação) de denúncias genéricas, que vão de encontro ao disposto no artigo 41 do CPP[6].

O que acaba ocorrendo no plano fático é a colocação do máximo possível de autores possíveis na peça acusatória, esperando-se a fase instrutória do processo para que o juiz de fato afira se há ou não autoria efetiva. Esse *modus operandi;* todavia, acaba por prejudicar gravemente o réu, haja vista ter a peça acusatória a prerrogativa de delimitar o objeto do provimento jurisdicional. Prejudicada fica, portanto, toda a instrução criminal, bem como o direito do indivíduo à ampla defesa e ao contraditório.

A nosso ver, sendo genérica a denúncia, inepta também o será, devendo ser rejeitada (art. 395, I do CPP) e, não o sendo, será capaz de ensejar nulidade do processo, com base no art. 564, III, a, do CPP (MALAN, 2007, p. 469).

Alexandre Knopfholz (2013, p. 199-203) traz algumas alternativas à persecução criminal deste tipo de crime, de modo a não violar princípios constitucionais. Primeiramente, necessário que ocorram inquéritos policiais também para investigar estes delitos econômicos. Isso porque, via de regra, as provas obtidas nesses casos são oriundas de processos administrativos ou cíveis, o que prejudica a análise penal da conduta. Outra opção é a modernização e criação de novas técnicas de investigação deste tipo de crime, de modo a contemplar a atual complexidade dos crimes de natureza econômica. Exemplificando, ele cita (2013, p. 202) "interpretações telefônicas, quebra de sigilo bancário e fiscal e mesmo perícias elaboradas por *experts* na área econômica".

No tangente à condenação, a necessidade de lastro probatório é ainda maior. Necessários não somente os indícios de autoria e materialidade (como na denúncia), mas prova cabal da participação do réu no ilícito. A condenação por mera constatação de confluência entre função exercida e ato constitutivo de sociedade empresária configuraria verdadeiro absurdo penal, que não pode ser aceito por configurar clara inconstitucionalidade[7].

Observa-se, portanto, qual a solução dada pelo ordenamento jurídico e pela doutrina para a questão da responsabilidade individual nos crimes cometidos por intermédio da pessoa jurídica. De forma a tornar a análise mais completa, passemos agora ao exame do tratamento dado à questão pelos Tribunais Superiores brasileiros.

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, se depreende que a questão da aceitação de denúncia genérica em sede de crimes praticados no âmbito da pessoa jurídica (em especial, os crimes econômicos) ainda é bastante controversa.

Analisando os julgados posteriores à promulgação da Constituição Federal, o que se observa é que, no período imediatamente subsequente a 1988, a denúncia genérica era comumente aceita, sob o pretexto da dificuldade de averiguação da responsabilidade individual e pela necessidade de evitar a impunidade.

O então Ministro do STF, Dr. Carlos Ayres Britto[8], em julgamento realizado em 2003, asseverou que: "esse entendimento jurisprudencial é principalmente resultante da dificuldade de se pormenorizar condutas que, em geral, são provenientes de decisões internas por parte dos administradores" (GONÇALVEZ, 2014, p. 2014).

A partir de 2005, contudo, o STF modificou sem entendimento majoritário, definindo então que a aceitação de denúncias genéricas violaria expressamente o artigo 41 do CPP, bem como seria inconstitucional em face dos princípios da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana[9] [10].

Por fim, desde 2008, o mesmo tribunal tem adotado posição (majoritária, havendo posições em contrário) favorável às denúncias genéricas em relação a crimes de autoria coletiva, de modo a relativizar a disposição do Código de Processo Penal. Tem exigindo, para acolhimento da denúncia, tão somente a indicação de vínculo do acusado com a pessoa jurídica, sem averiguar a fundo as circunstâncias fáticas que levariam à autoria do indivíduo.

A posição do Superior Tribunal de Justiça, até meados de 2005, 2006, era também favorável às denúncias genéricas[11], inexigindo-se individualização da conduta nos crimes dessa natureza. Contudo, observou-se que, após esse período,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

os Ministros passaram endurecer o procedimento, e apesar de manterem certa flexibilidade quanto à necessidade de provas de autoria do fato, a posição dominante passou a ser no sentido de rejeitar denúncias genéricas[12].

Conclui-se que, não obstante não haja entendimento pacífico sobre o tema, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça tem optado pela relativização do artigo 41 do Código de Processo Penal. O grau de relativização, contudo, varia, adotando a Corte Maior posicionamento muito mais flexível. O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, mitiga essa relativização, não hesitando em rejeitar denúncias que não demonstrem um mínimo de vínculo da conduta do indivíduo com a ação criminosa.

6 CONCLUSÃO

No atual momento, ainda não existe entendimento pacífico – seja na doutrina ou na jurisprudência – sobre a possibilidade de relativização do artigo 41 do Código de Processual Penal para a recepção da denúncia genérica. A mesma discussão não ocorre quanto ao momento da condenação, sendo considerada certa a necessidade de vasto lastro probatório para fundamentar a sentença penal condenatória.

Para os fins desse trabalho, consideramos imprescindível a individualização da conduta de cada indivíduo nos crimes de autoria coletiva, de modo a demonstrar o domínio do fato que cada um tinha. Pensar de modo diverso seria legitimar a violação não só da lei ordinária processual, como também dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e, em última análise, da dignidade da pessoa humana.

Não se olvide, contudo, da real necessidade de punição dos agentes criminosos nesses casos. Para isso, conforme exposto no texto, soluções alternativas devem ser utilizadas, como a criação de novas técnicas de investigação ou a possibilidade de instauração de inquérito policial neste tipo de crime. Não se pode, contudo, ignorar e transgredir direitos e garantias constitucionais para alcançar esse objetivo.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. **Direito Penal Econômico e autoria no crime tributário praticado em nome e no interesse da pessoa jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____**Síntese de Direito Penal Econômico: delitos de perigo e legislação penal econômica.** Direito Penal Econômico e Processo Penal em destaque, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://arnaldoquirino.com/2012/02/08/sintese-de-direito-penal-economico-delito-de-perigo-e-legislacao-penal-economica/>. Acesso em: 20 jul 2015.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico Aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____ **Tratado de Direito Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

BOTTKE, Wilfried. **Sobre la legitimidad del Derecho Penal Economico em sentido estricto y de sus descripciones típicas especificas.** ***Hacia un Derecho Penal Económico Europeo***. Boletim Oficial del Estado. Madrid: 1995.

GONÇALVES, Camila de Carvalho. **A autoria dos crimes praticados por intermédio de pessoa jurídica nos crimes econômicos**. 2014. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Salvador: Faculdade de Direito da UFBA, Universidade Federal da Bahia.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. Direito Penal Econômico. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**: **parte general**. 5 ed. Madrid: Comares. p.587.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013

PRATES, Renato Martins. **Acusação genérica em crimes societários**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.1.

ROXIN, Claus. **Autoría y Domínio del hecho em Derecho Penal**. 7 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 4 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2005.

SILVA, Marco Antônio Chaves da. **A autoria coletiva em crimes tributários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TIEDEMANN, Klaus. **El concepto de delito econômico y Derecho Penal Econômico**. Buenos Aires: *Nuevo Pensamento Penal*, vol. 4, 1975.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Los desafio del nuevo derecho penal. Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOTAS:

[1] Para Nilo Batista, "essa posição (de dispor sobre o fato) é tão real e objetiva quanto real e objetivo é o poder do maquinista sobre a composição ferroviária que dirige", (2004. p. 70).

[2] Roxin, discorrendo sobre o tema em sua obra, nos mostra que "hay que encontrar um procedimento com ayuda del cual quepa complementar em su contenido el concepto de domínio del hecho de uma manera que por una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, y por outra parte también pueda alcanzar una gran medida de determinación (...) Alcanzar estos tan fines tan distintos sólo es posible concibiendo el domínio del hecho como concepto – permítaseme la expresión – "aberto"(...) cabe hablar aqui de concepto "aberto" en el sentido de que no va a ser posible una "indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles" y de que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido.

[3] Se alde así a los supuestos que em el posguerra han ocupado em cresciente medida a la jurisprudência y que se caracterizan por que ele sujeto de detrás tiene a su disposicion uma "maquinaria" personal (casi siempre organizada estatalmente) com cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realizacion a la decision autónoma del ejecutor. ROXIN, Claus. Autoría y Domínio del hecho em Derecho Penal. 7º ed. Madrid, Marcial Pons.

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito Penal Econômico Aplicado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 10 e 194.

[5] SILVA, Marco Antônio Chaves da. A autoria coletiva em crimes tributários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 69.

[6] O artigo 41 do CPP dispõe que: "a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas."

[7] O art. 93, IX da Constituição Federal estabelece a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC **83.369/RS**, Relator: Min. CARLOS AYRES BRITTO, PRIMEIRA TURMA. Julgado em: 21/10/2003. DJ em 28/11/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79336>. Acesso em: 24.jun.2014.

[9] GONÇALVES, op.cit., p. 59.

[10] **HC 84.436/SP** (Relator: Min. Celso de Mello – Segunda Turma – j. **05/09/2006** – Dj. 28/03/2008); **HC 89.105/PE** (Relator: Min. Gilmar Mendes – Segunda Turma – j. **15/08/2006** – Dj. 06/11/2006); **HC 85.948/PA** (Relator: Min. Carlos Britto – Primeira Turma – j. **23/05/2006 –** Dj. 15/12/2006)

[11] RHC 5.701**/RS (Relator: Min. Fernando Gonçalves – Sexta Turma – j.** 10/12/1996 – Dj. 03/03/1997); RHC 6.889**/SP (Relator: Min. Anselmo Santiago – Sexta Turma – j.** 17/11/1997 – Dj. 19/12/1997); RHC 6.619**/SP (Relator: Min. Cid Flaquer Scartezzini – Quinta Turma – j.** 05/02/1998 – Dj. 15/06/1998); RHC 7.378**/SP (Relator: Min. Felix Fischer – Quinta Turma – j.** 28/04/1998 – Dj. 29/06/1998); RHC 10.163**/PA (Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca – Quinta Turma – j.** 07/12/2000 – Dj. 05/03/2001); RHC 14.891**/SP (Relator: Min. Hamilton Carvalhido – Sexta Turma – j. 20**/04/2004 – Dj. 21/06/2004);

[12] HC 62.786**/SP (Relator: Min. Haroldo Rodrigues – Sexta Turma – j. 15**/09/2009 – Dj. 05/10/2009); HC 129.809**/CE** (Relator: Min. Og Fernandes – Sexta Turma – j. **09**/10/2012 – Dje. **19**/10/2012); RHC 26321/MG (Relator: Min. Og Fernandes – Sexta Turma – j. 24/09/2013 – Dje. 09/10/2013);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AVILTAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E O USO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS PARA CORRESPONDENTES JURÍDICOS: DESESPERO OU OPORTUNISMO?

GIOVANNA FERREIRA MAIA, o autor: Bacharela em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Bacharelanda em Segurança Pública pela Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: Este artigo descreve a importância da fixação de um quantum mínimo a título de honorários advocatícios pela OAB, e os efeitos individuais e coletivos do aviltamento de honorários. Possui como foco o aviltamento de honorários praticados nas plataformas digitais para Correspondentes Jurídicos, e a exposição de como isso vem ocorrendo. Por fim, busca discutir mecanismos possíveis a serem utilizados no combate a essa infração ética.

Palavras-chave: Honorários Advocatícios. Aviltamento. Correspondente jurídico. Plataforma Digital.

ABSTRACT: This article describes the importance of setting a minimum amount for attorney fees by the Brazilian Bar Association, and the individual and collective effects of fee degradation. It focuses on the degradation of fees practiced on digital platforms for legal correspondents, and the exposure of how this has been occurring. Finally, it seeks to discuss possible mechanisms to be used to combat this ethical violation.

Keywords: Advocative hours. Debasement. Legal Correspondent. Digital platform.

SUMÁRIO: **1** Introdução. **2** A tabela de honorários da OAB e a proteção da advocacia. **3** Plataformas digitais para Correspondentes Jurídicos e o aviltamento de honorários. **4** Oportunismo ou necessidade econômica de advogados desesperados. **5** Conclusão. **6** Referências bibliográficas.

---

1. Introdução

O aviltamento de honorários advocatícios é uma prática com efeitos que extrapolam a esfera individual do advogado, que permite que isso lhe aconteça. Por essa razão, é constantemente combatida.

Com o advento de plataformas digitais para Correspondentes Jurídicos, e a ausência de controle verdadeiro por parte dos gestores da plataforma, e do órgão de fiscalização, constata-se que o nível de aviltamento de honorários advocatícios alcançou um novo patamar.

Esse artigo pretende discutir os possíveis motivos que estariam incentivando a prática da citada infração ética, bem como que tipos de medidas poderiam ser tomadas para o seu combate, ou, pelo menos, na sua redução.

2. A tabela de honorários da OAB e a proteção da advocacia

Compete a cada Seccional da OAB, na forma do artigo 58, inciso V, da Lei n° 8.906/94[1], a elaboração de uma tabela de honorários advocatícios a qual fixe um valor mínimo devido por determinados serviços desempenhados por advogados.

O aviltamento de honorários advocatícios, assim considerado a inobservância dos valores mínimos devidos a título de honorários advocatícios, configura infração ética, na forma do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Resolução n° 02/2015[2]. Tal infração é punível desde com a pena de censura, até com a exclusão dos quadros da OAB, em caso de reincidência.

Neste momento o leitor pode estar se questionando: se o advogado considerar que o valor dos honorários advocatícios solicitado por seu cliente não se configura razoável, basta que não aceite prestar os serviços jurídicos, afinal, cada profissional sabe o seu valor. Assim, qual é a relevância da fixação de uma tabela de honorários?

A resposta para tal questionamento é clara, e múltipla.

Em primeiro lugar, a tabela de honorários advocatícios da OAB proporciona ao profissional a segurança de cobrar um valor justo por seu trabalho, tendo um padrão estadual.

Apesar de ser uma atividade essencial para a proteção da cidadania, infelizmente é extremamente comum que um advogado se depare com um cliente solicitando um "desconto", ou um "preço mais amigável", por considerar que o valor dos honorários é exorbitante, ou não correspondente a "só uma diligência rápida".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com a fixação de valores mínimos, o profissional tem o respaldo de apontar para o seu cliente que abaixo daquilo ele não encontrará, ou não deveria encontrar, profissional que se disponibilize a efetuar os serviços solicitados.

É evidente que os valores da tabela de honorários advocatícios apontam um mínimo devido, sendo plenamente possível sua majoração a critério do advogado, como em razão da natureza da ação, da complexidade, ou por ser o profissional notório em seu saber e experiência, por exemplo.

Em segundo lugar, a fixação de um *quantum* mínimo valoriza a advocacia. Mesmo serviços jurídicos que para o leigo pareçam simples e rápidos de serem desempenhados, estão baseados em anos de formação jurídica e capacitação para o desenvolvimento profissional, que além de demandarem tempo, necessitam de muito investimento financeiro.

Para desempenhar um serviço em dez minutos o profissional se dedicou por anos para fazê-lo com qualidade, conferindo a seu cliente a satisfação em tempo hábil da demanda solicitada.

Em terceiro lugar, encontra-se o risco de afetar o trabalho dos colegas de profissão. Havendo advogados que não respeitem o mínimo devido a título de honorários, aqueles que cobrem o valor justo por seus serviços jurídicos se veem fragilizados diante da concorrência desleal.

É neste ponto, em especial, que se concentra este artigo. Com o advento das plataformas digitais para Correspondentes Jurídicos, e o flagrante aviltamento de honorários advocatícios por lá praticado, o profissional que impõe um valor justo por seus serviços jurídicos se vê em desvantagem, e na maioria das vezes, preteridos por aqueles que buscam pagar um valor irrisório pelos serviços jurídicos.

3. Plataformas digitais para Correspondentes Jurídicos e o aviltamento de honorários

Com o advento da era digital, o mercado está em constante modificação, sendo comum o surgimento de plataformas digitais oferecendo os mais diversos

serviços possíveis, de formas inovadoras. Em meio a essa onda de inovação surgiram as plataformas digitais para Correspondentes Jurídicos.

Correspondente Jurídico é aquele profissional que oferta serviços jurídicos na plataforma, mediante pagamento, ou que aceita demandas solicitadas por clientes, cadastrados na plataforma, sejam eles outros advogados ou escritórios de advocacia.

Plataformas desse tipo foram desenvolvidas visando otimizar o tempo de profissionais que precisavam desempenhar serviços jurídicos em comarcas distantes, ou que não possuíam compatibilidade de tempo para desempenhá-las, possibilitando a contratação de outro profissional que desempenhe os serviços necessitados.

Os Correspondentes não precisam, necessariamente, serem advogados. Para os serviços jurídicos que não necessitam a presença de um advogado, como os de natureza cartorária, obtenção de cópias em Fóruns e Tribunais, há plataformas que permitem que qualquer pessoa possa se cadastrar. Outros, que abrem exceções apenas para estagiários regularmente inscritos na OAB, mediante a supervisão de um advogado.

Em geral, os serviços da plataforma são acessíveis aos correspondentes mediante a assinatura de um plano, e o pagamento de mensalidade. Após o cadastramento, o correspondente se encontra apto a oferecer seus serviços, ou se candidatar para demandas solicitadas.

O solicitante do serviço descreve a sua necessidade, o local de realização, prazo, e muitas das vezes, o valor que está disposto a custear. Quando não informa o valor, há um campo disponível para que o profissional "dê o seu lance".

E tal prática se configura como um verdadeiro leilão, no qual vence o profissional que oferece as melhores condições: menor prazo e valor mais baixo. Raramente se requer a comprovação de experiência no desempenho daquele serviço jurídico, ou na área do Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É compreensível que há demandas que não necessitam de grande conhecimento jurídico, como a obtenção de cópia de autos físicos. Mas serviços como realização de audiência, emissão de parecer e elaboração de peças processuais, necessitam de um profissional qualificado, e tal requisito não pode ser verificado em um leilão de preços e prazos.

Apesar de ser compreensível a desnecessidade de conhecimentos jurídicos para determinados serviços jurídicos disponíveis nas plataformas, não o é, de forma alguma, o flagrante aviltamento de honorários praticados para o desempenho de tais serviços.

A título exemplificativo, utilizaremos o caso das cópias de autos físicos. Com base na tabela de honorários advocatícios da OAB/RJ, de agosto de 2019[3], o mínimo devido para obtenção de documentos a partir de cópias reprográficas é de R$440,45.

Utilizando as plataformas para Correspondentes Jurídicos se constata lances de advogados dispostos a aceitar R$80,00, R$50,00, R$30,00 e até mesmo R$15,00 pelo referido serviço.

Importante mencionar que a prática de aviltamento de honorários nessas plataformas digitais, apesar de ser algo comum, não é permitida ou incentivada pelos gestores das plataformas. Inclusive, verifica-se em muitos temos de compromissos a cláusula de respeito a tabela de honorários advocatícios imposta pela OAB, bem como a existência de campos específicos nos sites para a consulta direta das tabelas de honorários existentes.

Contudo, a mera proibição não impede a prática desenfreada dessa infração ética, sendo cada vez mais raro encontrar um profissional na plataforma que exiba um valor justo pelos seus serviços.

Para a realização de audiências a violação é ainda mais evidente. A OAB/RJ, atenta à natureza do trabalho dos Correspondentes Jurídicos, inseriu em sua tabela de honorários[4] um item especialmente para as audiências realizadas por esses

profissionais, prevendo até mesmo descontos progressivos de acordo com o número de audiências contratadas por mês.

Como valor unitário estipulou a quantia de R$168,19, para audiências de conciliação, ou instrução e julgamento, sem distinção da área do Direito. Em comparação, os honorários advocatícios mínimos para acompanhar o cliente a uma audiência cível é de R$2.092,13, a cada audiência, e de R$1.101,12, em audiências na esfera administrativa.

Verifica-se uma possível preocupação da OAB/RJ em adequar a tabela de honorários advocatícios à praxe dos Correspondentes Jurídicos de aceitar valores abaixo do legalmente estabelecido para o desempenho de seus serviços jurídicos, buscando, assim, proteger esse profissional dos honorários advocatícios irrisórios, ou de uma eventual infração ética.

Apesar da clara redução do valor dos honorários advocatícios mínimos devidos aos advogados correspondentes, em comparação com advogados não correspondentes, observando a realidade dos Correspondentes Jurídicos, ainda nos deparamos com um flagrante aviltamento de honorários.

A observância do valor mínimo de R$168,19 para a realização de audiência unitária é rara nas plataformas. Observa-se uma espécie de gradação de valores de acordo com o tipo de audiência a ser realizada. Para audiências em Juizados Especiais Cíveis, encontram-se propostas a partir de R$30,00. Para audiências Cíveis e Trabalhistas há uma maior valorização, havendo propostas a partir de R$40,00.

Os valores são chocantes se considerarmos que o profissional correspondente precisa desembolsar transporte e alimentação, muitas das vezes. Se houver atraso, é possível que o advogado necessite destinar horas do seu dia para receber tão ínfima quantia.

Se o profissional possuir a sorte de ser contratado para várias audiências no mesmo dia, com horários não coincidentes e em lugares próximos, nem assim conseguirá chegar perto do valor mínimo exigido para comparecer a uma audiência cível como advogado não correspondente, por exemplo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Posto isso, o que levaria a esses profissionais que investiram tanto tempo e dedicação em sua formação a tamanha desvalorização do seu labor?

4. Oportunismo ou necessidade econômica de advogados desesperados

Urge identificar a natureza da motivação para tamanho aviltamento de honorários advocatícios, em especial o desempenhado nas plataformas digitais para Correspondentes Jurídicos.

À primeira vista poderíamos simplificar o fenômeno ao oportunismo de alguns, que veem no baixo valor dos serviços jurídicos por eles oferecidos uma chance de captar serviços em maiores quantidades.

A prática de oferta de serviços jurídicos por valor irrisório dos advogados ou escritório de advocacia que buscam contratar um Correspondente Jurídico caracteriza-se, claramente, como oportunismo, uma vez que têm consciência que encontrarão profissionais disponíveis, e que será mais vantajoso, economicamente, contratar o profissional do que desempenhar eles mesmos o serviço.

Frise-se, inclusive, que economia é a promessa dessas plataformas, uma vez que contrastando os custos para a realização de um trabalho em uma comarca distante, por exemplo, seria muito mais vantajoso a contratação de um profissional através desses sistemas.

Contudo, não é tão simples a caracterização de advogados Correspondentes Jurídicos como oportunistas, uma vez que o seu custo e benefício não se revela vantajoso.

É verdade que apesar de na prática não ser tão simples assim a conquista de um grande número de serviços por meio dessas plataformas, aqueles que conseguem conquistar um parceiro fixo, ou seja, que lhe envie demandas de forma contínua, eventualmente podem conquistar o sustento por meio dessa atuação.

Porém, em comparação com os honorários advocatícios que o profissional faz jus pela prestação de serviços jurídicos como advogado não correspondente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou, como advogado correspondente observando a tabela de honorários da OBA, os ganhos habituais por esse meio apresentam grande disparidade econômica.

Levando tal fato em consideração, o que à primeira vista poderia significar oportunismo de advogados correspondentes para receber maiores demandas de serviços, se revela como uma prática que significa maiores demandas de trabalho para receber menos a título de honorários advocatícios.

Se o oportunismo não é a chave para entender tal fenômeno, é preciso voltar os olhos para o cenário econômico do país, e suas implicações sociais.

Iniciada em 2014, a mais recente, e atual, crise financeira que afeta o Brasil, tem provocado inúmeros prejuízos ao povo brasileiro. Seja pela inflação, fome, desemprego em massa, aumento galopante de pessoas em situação de rua, todos os setores brasileiros foram afetados.

Os advogados não são imunes a tal catástrofe. Como profissionais autônomos, os advogados precisam de seus clientes, e dos honorários advocatícios por eles pagos, para conquistar seu sustento próprio e o de sua família. Contudo, em um cenário de crise econômica, a disponibilidade de recursos fica cada vez mais escassa.

Se uma pessoa, que necessita de serviços jurídicos, não possui recursos financeiros suficientes para arcar com os honorários, na forma da tabela de honorários da OAB, ela possui a opção de recorrer à Defensoria Pública, se estiver enquadrado no conceito de hipossuficiente econômico.

Alternativamente, caso encontre um profissional disposto a tal, poderia haver uma redução dos honorários advocatícios contratuais, por um valor abaixo daquele imposto pela OAB, de forma lícita, desde que comprovada documentalmente a impossibilidade financeira do cliente em arcar com os valores normais.

Mesmo que ainda seja plenamente possível que uma pessoa contrate um advogado particular, e arque com os valores normais a título de honorários

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

advocatícios, é evidente que a disponibilidade de pessoas com recursos vem decaindo com o decorrer dos anos de crise.

Igual decréscimo de recursos vem ocorrendo com muitos advogados autônomos, que não mais conseguem conquistar, da mesma maneira e com o mesmo êxito, o seu sustento.

Concomitantemente a esse cenário, ganha popularidade as plataformas digitais para Correspondentes Jurídicos, e muitos advogados veem a chance de conquistar serviços jurídicos de um meio diversificado.

Somando todos esses fatores é possível supor, com uma relativa segurança, que os advogados correspondentes não utilizam essas plataformas com ganância de ganhar grandes somas de dinheiro.

É muito mais provável que esse recurso seja utilizado como um meio alternativo para conquistar o sustento próprio, e o de sua família, nesse cenário caótico de incertezas financeiras.

5. Conclusão

O aviltamento de honorários advocatícios é uma prática sempre combatida pela OAB, tendo em vista a grande importância de uma padronização dos valores, conforme citado no decorrer deste artigo.

Contudo, o proibicionismo não atinge de forma contundente essa prática. Mesmo o fantasma de uma eventual sanção ética, culminando até mesmo na exclusão do advogado dos quadros da Ordem dos Advogados, é capaz de demover os profissionais que conquistam o seu sustento com o reiterado aviltamento de seus honorários advocatícios.

A tentativa de adequação da tabela da OAB aos valores baixos de honorários advocatícios dos advogados correspondentes não surtiu tanto efeito quanto pretendida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante desse cenário, é necessário refletir sobre o que é necessário para que os advogados, que atuem como Correspondentes Jurídicos, possam usufruir de honorários justos, uma vez que a mera proibição não é capaz de coibir o aviltamento de honorários.

Uma maior atuação das plataformas digitais, na fiscalização dos valores de honorários contratados, poderia ajudar a coibir. Sendo um sistema de intermediação entre o solicitante e o advogado correspondente, se também se responsabilizasse pela finalização do contrato e, consequentemente, do valor acordado, possibilitaria um maior controle anti-aviltamento.

Além disso, é necessário sensibilidade na apuração das infrações éticas. Apesar de não haver, pelo menos na OAB/RJ, um ementário dos julgados do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RJ acerca de infrações éticas como o aviltamento de honorários, a fim de verificar o posicionamento jurisprudencial, há de se levar em consideração que a exclusão de advogados de boa fé dos quadros da OAB, que praticam o aviltamento como forma desesperada de conseguir o seu sustento, não contribuirá para a mudança na situação sócio-econômica desses profissionais.

Retirar a fonte de sustento de advogados nessa situação não geraria a correção do problema. Talvez, amedronte alguns, mas, como já vimos, a sombra desse temor não tem produzido sucesso na coibição da infração ética.

Se considerarmos os advogados correspondentes em situação econômica precária como as vítimas desse cenário fático, há de ser mais fácil apontar os verdadeiros culpados, no âmbito dos quadros da OAB, por essa prática socialmente, e eticamente, recriminada.

São eles os advogados, e escritórios de advocacia, contratantes dos serviços jurídicos nas plataformas digitais, que buscando a economia própria, abusam de seus colegas de profissão para o desempenho de serviços jurídicos, que antes lhes cabiam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, é para eles que deve ser dirigida a maior atuação repressiva. Se a fiscalização, e punição, dos citados acima, for mais eficiente, é possível que o número de demandas solicitadas, em troca de honorários advocatícios aviltantes, reduza drasticamente, e, quem sabe, vá à extinção.

6. Bibliografia

BRASIL. Lei n° 8.906/1994. **Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF: 05 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm> Acessado em: 25/08/2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução n° 02/2015. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. Diário Oficial da Justiça: edição de 01/03/1995, seção I, páginas 4.000 a 4.004. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/sites/default/files/tabela_08_2019_site.pdf> Acessado em: 25/08/2019.

NOTAS:

---

[1] BRASIL. Lei n° 8.906/1994. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF: 05 de julho de 1994.

[2] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução n° 02/2015. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Diário Oficial da Justiça: edição de 01/03/1995, seção I, páginas 4.000 a 4.004.

[3] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seccional do Rio de Janeiro. Tabela de honorários mínimos. Disponibilizada em agosto de 2019.

[4] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seccional do Rio de Janeiro. Tabela de honorários mínimos. Disponibilizada em agosto de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.

SAYONARA MAGALHÃES NUNES, o autor:
Pós-graduada em Direito Previdenciário e Regimes Especais pela Universidade Cândido Mendes, graduada em Turismo pelo Centro Universitário Newton Paiva, Oficial do Ministério do Estado de Mina Gerais.

RESUMO: A finalidade do presente trabalho será avaliar as fundamentais inovações e progressos da nova lei de falências frente ao reparado instituto da concordata que se introduzia no revogado Decreto-Lei n. 7.661/45, e o da recuperação judicial de empresas, previstos na nova lei n. 11.101/05, destacando suas modificações expressivas e seus retrocessos do ponto de vista jurídico, econômico e social. Tendo em vista as expressivas transformações no mundo contemporâneo, no panorama internacional e nacional frente à ativa das relações negociais de direitos comerciais disponíveis, que tende a ser cada vez mais competitiva, a Sociedade Jurídica deve-se inclinar para o desenvolvimento do pensamento científico, os quais por meio de debates, do exercício da dialética, de críticas e sugestões, seminários, trabalhos e projetos de pesquisas científicas, é que se torna aceitável enxergar e trilhar caminhos antes não cursados. Dentre os mecanismos apresentados pela Nova Lei de Falências frisem-se os institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas, que a princípio supriram a concordata, estabelecendo sob o aspecto econômico um sistema de insolvências com soluções mais previsíveis, rápidas e hábeis.

Palavras Chave: Lei de falências. Recuperação judicial. Empresas.

Sumário: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 3. Conclusão – 4. Referências

1 - Introdução

A falência é um velho instituto profundamente ligado ao desenvolvimento do próprio conceito de obrigação. Primeiramente, o devedor rebatia por suas obrigações com a liberdade e, em certos momentos, com a própria vida. Na etapa mais inicial do direito romano, antes da reunião da Lei das XII tábuas, o liame entre credor e devedor aceitava a addicere, que era a adjudicação do devedor insolvente. Este ficava em estado de servidão com o credor por um tempo de até sessenta dias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Caso a dívida não fosse solvido nesse tempo, o credor podia vendê-lo como escravo, ou até mesmo matá-lo, repartindo seu corpo segundo o indicante de credores.

Esse sistema persistiu até a promulgação da Lex Poetelia Papiria. Esta inseriu a execução patrimonial no direito romano, restando revogado o bárbaro critério de responsabilidade pessoal. (COELHO, 1997)

O instituto da falência apareceu em tempos antigos, ligado à prática heterodoxa do comércio e ao estabelecimento dos deveres daqueles que realizavam tal labor, constituindo uma falha do comerciante que, de início, podia precisar pagar suas dívidas com a própria vida ou liberdade. Como tal passou por inúmeras mudanças, acompanhando transformações na legislação penal e privada e a mudança da execução pessoal em execução patrimonial, adotando o modo que tem nos tempos presentes. A apreciação histórica deste instituto nos consente vislumbrar sua vasta importância e auxilia-nos em sua devida abrangência.

Os atos de falência obedecem aos procedimentos normalmente exercidos pela empresa que se acha em estado de insolvência econômica, onde o ativo é inferior ao passivo. Tem-se assim uma presunção absoluta. Mas, é certo que nem todo devedor empresário impontual seja fundamentalmente insolvável, mas a lei determina a decretação de sua falência por avaliar a impontualidade uma forma de insolvência jurídica, de igual modo, o que incide em qualquer das condutas previstas no art. 94, III da LF.

O processo pelo qual se revela a insolvência empresarial (insolvência do empresário ou sociedade empresária) e se dá saída à mesma, liquidando o patrimônio ativo e saldando, nos limites da força deste, o patrimônio do falido. Mais uma vez percebe-se a predominância do aspecto adjetivo do conceito de falência, visto que, mais do que abranger a falência como um estado, um fato, da existência das pessoas, deve-se compreendê-la do mesmo modo como um processo judiciário e administrativo. Logo, percebe-se um caráter misto (material e adjetivo) do conceito de falência. (MAMEDE, 2009)

Diz-se, tecnicamente, que uma corporação encontra-se em falência quando seus débitos (passivo) são elevados ao seu patrimônio (ativo), resultando deste

modo uma condição líquida negativa. O objetivo da decretação da falência é, fundamentalmente, recolher os bens do devedor em sua soma para resultar ao proceder ao pagamento do maior número possível de credores. O método de falência pode ser começado por meio de requerimento do(s) credor(es), do devedor, ou se processa de forma automática quando o pedido de recuperação judicial feito pelo devedor é desatendido. (DI PIETRO, 2007)

É conhecido que o Brasil hoje, no contexto legal, é um país com peculiares de fracas garantias legais, baixa assistência ao credor e acionista, fraca estrutura da governança corporativa e baixa *enforcement*. A velha Lei de Falências oferecia prioridades no recebimento aos trabalhadores de forma interminável, seguida do fisco e depois aos credores mesmo que segurados e o baixo rigor colaborava para violações nas regras de prioridades dos recebimentos e para um fraco mecanismo de falência, resultando na insegurança de recebimento dos mesmos, reduzindo o crédito no mercado e aumentando o custo de apreensão dos recursos. (BRITO, 2005)

Neste contexto, foi indicado um novo paradigma para o direito falimentar e recuperacional, nesse novo panorama do Direito Empresarial, sedimentando a tentativa de amoldar o direito concursal a esta nova realidade, dando prioridade a recuperação daqueles devedores que têm problemas somente momentâneos, por conta de mudanças econômicas ou de insucessos temporários.

Em 09 de fevereiro de 2005, o Presidente da República sancionou a Lei nº 11.101/05 que regula a recuperação de empresas e a falência. Trata-se de legislação substitutiva do Decreto-Lei nº 7.661/45, antiga "Lei de Falências". Primeiramente, é de se afirmar que estamos perante um instrumento normativo incomparável ao anterior, posto que a legislação antiga (Dec. Lei n º 7.661/45) constituía a regra da falência e excepcionalmente consentia a concordata. Já o novo regime (Lei nº 11.101/05) constitui como a regra a recuperação da empresa e excepcionalmente a sua falência. (GRAU, 2005)

O princípio da preservação da empresa alude expressamente no art. 47 da LRE, estabelecem que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".(GRAU, 2005)

A Lei de Recuperação de Empresas e Falência vem garantir a manutenção das empresas viáveis que se deparem em crise econômico-financeira. A reestruturação empresarial harmoniza novas probabilidades de satisfação dos credores, diminuição do desemprego, fortalecimento e facilitação do crédito, acabando, enfim, por poupar o mercado das consequências funestas da insuficiência dos agentes econômicos.

Deste modo o objetivo do presente trabalho será analisar as principais inovações e avanços da nova lei de falências frente ao reformado instituto da concordata que se inseria no revogado Decreto-Lei n. 7.661/45.

2 - Desenvolvimento

Pode-se começar a apresentação abordando a falência pelo seu papel econômico, onde se pode dizer que falência é "um fato econômico, um acontecimento patológico da economia creditícia ". Por tal evidencia-se a amarração com o aspecto meramente econômico, no qual a falência procede de uma má circunstância financeira que certa empresa esteja vivendo, deixando de lado o motivo que a teria levado àquela circunstância e sua apreciação jurídica. (FUHRER, 2002)

Luiz Tzirulnik (1995) nos diz que :

> "O instituto da falência vem *trabalhar como uma advocacia para o comércio e, por conseguinte, para o crédito,* privando do comércio aquele que, não fazendo bom uso de suas regalias creditícias, arranham os direitos de seus credores, inadimplindo compromissos assumidos quer por meio de contratos ou por meio de títulos de crédito retro mencionados.";

A maioria da doutrina participa da mesma tese quando dizem que:

> "A falência, em última apreciação, é execução processual grupal, cumprida em Juízo, conduzida e superintendida pelo Juiz. Ajuntam-se nela os credores, fortuita, mas obrigatoriamente, cada qual defendendo o seu direito individual, ainda que deliberando coletivamente, subordinados a regras particulares, á favor da comunhão de interesses. Obriga-os a lei a respeitar, durante todo o curso do processo, o princípio da igualdade, suspensas as ações individuais, sujeitos todos a dividendos ou rateio." (FERREIRA, 1965)

Além dos modos econômicos e jurídicos, a demarcação de falência também pode divergir de acordo com a importância de sua natureza jurídica como sendo legal ou material. Deste modo, levando-se em conta uma consideração processualista do instituto da falência, pode-se defini-la como sendo "o método por meio do qual se alcança o patrimônio do executado, para extrair-lhe valor com que receber a execução coletiva universal, a que convergem todos os credores". A vivência do sintagma ´processo´ no conceito nos sugere ser este mais apropriado para o método de falência que para esta em modo amplo, pois deixaria de lado o caráter substancial do instituto. (ALMEIDA, 2002)

Há ainda aqueles que versam a falência como somente um meio de cobrança. Para os cultores dessa questão, a Falência não passa de uma forma de o Estado avalizar não apenas a igualdade de tratamento dos credores, impondo-os a *par condicio creditorum,* como, além disso, sanear a atividade econômica. Existem ainda os doutrinadores que se fundamentam na teoria administrativista para apontar a natureza jurídica da falência. Essa tese expressa o caráter administrativo do instituto de falências, sustentando que sua concretização sempre se produzirá por interesse público na eliminação da empresa com problema do universo negocial, visando à preservação do conjunto empresarial e da confiabilidade do sistema econômico. (COELHO, 1997)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diversos empreendedores ingressam no mundo dos negócios sem o mínimo de preparo para conduzir o negócio e, por isso, há um elevado indicador de falência de empresas nos primeiros anos de vida. Outros fatores também colaboram profundamente para que isso ocorra. Pode-se trazer a falta de mão de obra classificada para efetivação dos serviços, como, por exemplo, um vendedor que não reconhece o produto que está trabalhando. Infraestrutura imprópria ao tipo de serviço oferecido, a não demarcação do público-alvo, o que inibe a definição de metas, que é essencial para o planejamento estratégico da organização. (FAZZIO JUNIOR, 2003)

Será falido o devedor que, sem causa legítima, não pagar no vencimento compromisso líquido e materializado em título ou títulos executivos protestados, cuja soma extrapole o equivalente a 40 salários-mínimos na data do pedido de falência. Um credor que traga interesse na decretação da falência do devedor e não tenha crédito satisfatório para solicitar a falência deste, poderá ligar o seu crédito com outros credores até alcançar o montante de 40 salários-mínimos (valor mínimo para se exigir a falência). O devedor que executado e não paga, não deposita ou não nomeia à penhora bens suficientes para avalizar o débito poderá trazer a sua falência estabelecida. A nova lei ainda conjetura outras suposições de decretação da falência de um devedor, desde que este cometa os seguintes atos, quais sejam:

> Proceder à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para desempenhar pagamentos;
>
> Realizar ou, por atos inequívocos, tentar desempenhar, com a finalidade de adiar pagamentos ou trapacear credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
>
> Transferir estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem a concordância de todos os credores e sem estar com bens aceitáveis para solver seu passivo;
>
> Simular a transferência de seu central estabelecimento com o fim de burlar a legislação ou a fiscalização ou para lesar

> credor; oferecer ou reforçar segurança a credor por dívida adquirida antes, sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; ausentar-se sem deixar representante credenciado e com recursos satisfatórios para pagar os credores, largar o estabelecimento ou tentar ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu central estabelecimento; e deixar de exercer, no prazo formado, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. (BEZERRA FILHO, 2006)

A evolução histórica do instituto da falência e do direito falimentar compõe o embrião mais simples da recuperação da empresa, que é hoje a entidade que concebe o devedor no sistema de insolvência. Neste sentido, na Roma antiga, o devedor civil de boa-fé, que declarasse a transitoriedade de seus problemas financeiros e desses indícios de probabilidade de satisfazer os seus credores em determinado lapso temporal, podia solicitar ao Imperador a cognominada *indutia quinquinallis*, ou seja, a dilação de prazo por até cinco anos para sanar suas obrigações pendentes. Justiniano, a seu tempo, transferiu a subordinação desse benefício à deliberação dos credores em assembléia e por maior parte de votos. Desta forma, os credores averiguavam a importância dos créditos, recebiam ao mais vantajoso e podiam consentir que o devedor continuasse administrando os seus bens.(TZIRULNIK, 2005)

Sobre este assunto, são esclarecedoras as lições de Rubens Requião (1995):

> Sentiu-se a necessidade de amenizar a severidade das regras punitivas da insolvência, no caso de o infortúnio do devedor não se dever ao seu dolo e má-fé. O espírito de justiça e a sensibilidade dos juristas romanos haveriam mesmo de levar à distinção entre o devedor insolvente honesto e o devedor insolvente de má-fé.

Nos Estados Unidos, a reorganização societária que afiançasse o prosseguimento da empresa, ainda que falida, foi normatizada em 1934 e, em seguida, confirmada no *Chandler Act* de 1938. Depois, o Código da Bancarrota

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

promulgado em 1978 consagra todo um capítulo à regulamentação da reorganização empresarial, cujo conceito prevê que a empresa, uma vez adquirido alívio temporário quanto aos seus débitos e processos de execução, terá capacidade de se reestruturar gradualmente, satisfazer seus credores (ainda que parcialmente), livrar-se da falência e reconquistar a sua primitiva condição empresarial saudável.(TZIRULNIK, 2005)

Já não se menciona mais a insolvência, mas, sim, de situação de crise econômica, conceito que, segundo Ángel Rojo FERNÁNDEZ-RÍO *apud* GUIMARÃES (2001: 167),

> É metajurídico, aberto e cambiante. A insolvência não esgota a patologia da empresa moderna em crise e, em conseqüência, não pode ser o pressuposto único – ou principal – para a abertura do concurso. A insolvência, como sempre foi considerada na doutrina italiana, deve ser entendida como o último grau da patologia, vez que toda situação de insolvência constitui uma situação de crise econômica. Porém, a proposição inversa resulta *inexata*. Do que se conclui a insolvência passou a ser apenas o elo final da corrente que se inicia com a "crise econômica da empresa", que, por sua vez, é resultante da ação concomitante de múltiplas causas – cujos efeitos finais se concretizam no estado de insolvência – que se opera no momento precedente ao da instauração dos procedimentos judiciais.

Jorge Lobo (2012) comenta em um artigo que:

> Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e

> interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembléia geral.

A ideia do Decreto-Lei nº 7.661/45, antiga lei de falências, era, em tese, extrair do mercado uma empresa nociva à economia, seja por sua má administração, seja pela inviabilidade de seu negócio. Na prática, a antiga lei era empregada para a cobrança de dívidas, a satisfação do credor - e, diga-se, nem para isto toava a lei. Contudo, com o aparecimento das décadas posteriores à de 40, o incremento da atividade industrial, a globalização econômica e o acréscimo populacional – e, de consecutivo, do desemprego, fome e miséria em escala mundial – o Brasil, na contramão dos países estrangeiros, precisava de uma lei que promovesse a continuidade da empresa, e não seu desaparecimento. (SABINO, 2005)

Perante um ambiente globalizado e inflexível mutação, a antiga "Lei de Falências" parecia não atender as precisões das empresas que se deparavam em crise. Pelo contrário, a aludida legislação acarretava grande insatisfação, tanto por parte de credores, como por parte da empresa em processo de concordata ou falência, porque o processo era moroso. Para Jorge Lobo, citado por Albadilo Silva Carvalho (2006), na obra Recuperação judicial da empresa com fundamento no princípio da viabilidade econômico-financeira:

> "O que se verifica é que o sistema anterior não conseguia proteger os credores da empresa concordatária ou falida e não conseguia também, por outro lado, preservar a atividade empresária, apresentando-se como sistema incapaz de preservar qualquer tipo de interesse, atendendo apenas, na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> grande maioria de vezes, ao empresário oportunista e desonesto."

Por sua vez, Arnoldi (2006) expõe que:

> A nova Lei de Recuperação de Empresas modificou substancialmente o direito falimentar brasileiro, que antes era disciplinado por normas sexagenárias e mais ainda, arcaicas. Ante o quadro socioeconômico, político e social do Brasil, o antigo diploma legal não tinha mais condições de dar o suporte necessário para o desenvolvimento econômico e social do país. Assim frente a esse cenário, amplamente desfavorável, esgotou-se o sistema de insolvências anterior, o que necessitou reformas em sua estrutura jurídica.

Sabino sobre a nova lei, alude:

> A nova lei, sob o ponto de vista abstrato, logrou êxito ao privilegiar a recuperação da empresa em detrimento da satisfação do credor. Antigamente, por exemplo, um credor que possuísse uma duplicata de qualquer valor que não fosse paga no vencimento poderia requerer a falência do comerciante. Esta previsão fazia, na prática, com que o credor fosse a juízo pedir a falência da empresa para receber seu crédito. Hoje em dia, a chamada "falência por impontualidade" pode ser requerida apenas por quem tenha título de crédito de, no mínimo, 40 salários mínimos. É um inegável avanço. (SABINO, 2005)

O desígnio da recuperação judicial é viabilizar a superação da crise econômica-financeira (insolvência momentânea) do devedor, permitindo desta forma a manutenção da fonte produtora, o emprego dos trabalhadores, os interesses dos credores, preservando a empresa e estimulando o exercício da atividade econômica. Coelho neste cenário ressalta:

> "Ao contrário da legislação anterior, a nova Lei tem como objetivo não extirpar as empresas e os empresários da

> atividade econômica taxando-os de devedores, mas sim ajudá-los a superar um período de dificuldades, seja por crise financeira, sazonalidade do mercado, má gerência ou qualquer outro motivo. Trata-se do principio da preservação da empresa, onde a legislação deve ajudar a salvar a atividade, a empresa, se ela for viável (não necessariamente o empresário).” (COELHO, 2007)

A fundamental novidade da LRE é que com o aparecimento dessa legislação o instituto da concordata que era previsto nos artigos 139 a 185, do reformado Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, deixou de haver no ordenamento jurídico pátrio. Tal Decreto aprontava que a concordata era arquitetada como uma modalidade de reajustamento judicial da situação financeira do devedor. A concordata era preventiva ou suspensiva, segundo fosse pedida em juízo, antes ou depois da declaração da falência. De sorte com o aparecimento da LRE, o legislador expurgou o instituto da concordata, que na prática não dava base para a empresa em crise se reerguer. (MACHADO, 2005)

Até o aparecimento da Lei de recuperação de empresa, as empresas que se deparavam em situação de crise econômico-financeira dispunham da antiga Lei para socorrê-las, a “Lei de Falências” (BRASIL, Decreto-Lei nº 7.661/1945). Conforme Marco Antonio da Costa Sabino (2005):

> “A ideia do Decreto-Lei nº 7.661/45, antiga lei de falências, era, em tese, retirar do mercado uma empresa nociva à economia, seja por sua má administração, seja pela inviabilidade de seu negócio. Na prática, a antiga lei era utilizada para a cobrança de dívidas, a satisfação do credor - e, diga-se, nem para isto servia a lei. No entanto, com o advento das décadas posteriores à de 40, o incremento da atividade industrial, a globalização econômica e o aumento populacional - e, de conseguinte, do desemprego, fome e miséria em escala mundial - o Brasil, na contramão dos países

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estrangeiros, necessitava de uma lei que facilitasse a continuidade da empresa, e não seu desaparecimento."

Nota-se que diferentemente do sistema anterior das concordatas, esses institutos ocasionaram ao empresariado probabilidades reais de superação da crise econômico-financeira, atingindo seu ativo de modo a manter a empresa em funcionamento enquanto, mediante alteração de seu capital ou objeto social ou negociação de dívidas com todos os credores, inclusive os trabalhistas, permaneça gerando riquezas ao país, através do desenvolvimento tecnológico, profissional, fiscal, social, inerentes a atividade empresarial.

3 - Conclusão

Os estudos do ciclo de vida das empresas indicam que, à medida que a empresa evoluciona, os conflitos e as demandas que esta determina no seu meio se transformam substancialmente. O empreendedor, que no início se incomodava essencialmente com a sobrevivência, terá que lidar com cenários e estratégias quando a empresa obter um patamar mais elevado.

Do ponto de vista econômico, a nova Lei se estabelecerá em fator essencial de apoio a processos de renegociação com os credores, objetivando recompor as dívidas de uma empresa em dificuldades. Amparará, ainda, a reposicionar esta empresa frente às novas probabilidades de aporte de capital, tornando credores e investidores mais suscetíveis em participar da sua reestruturação.

O aparecimento de uma nova Lei apropriada a transformar e inovar a legislação anterior obsoleta, atualizando o regime jurídico brasileiro de insolvência empresarial, vem proporcionar soluções para questões até então sem respostas, determinando a probabilidade de regeneração das empresas viáveis em crises.

Antes da nova lei, acontecia repetidamente aplicar-se o complicado e dispendioso processo de falência. O estado e o resultado destas miseráveis falências era penoso: um ativo insuficiente para cobrir as despesas do processo; uma pequena massa de credores a que as formalidades judiciais extraíam, depois de os terem estorvado com alguns enfados, o pouco que ainda existia no patrimônio do falido. A nova lei busca evitar estes resultados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim sendo, que, a Nova Legislação Falimentar Brasileira é um grande avanço ao nosso Direito e a Economia Empresarial, pois amplia o Instituto Falimentar e gera dois novos mecanismos jurídicos: Recuperação Judicial e Extrajudicial, aumentando a abrangência e a flexibilidade nos processos de recuperação de empresas.

Entende-se que na recuperação judicial é possível qualquer espécie de acordo entre os credores de diversas classes e o devedor. Há é lógico, determinados mínimos legais que tem por finalidade impedir que determinada categoria de créditos monopolize os recursos do devedor em detrimento de outra.

Os dados, em conjunto, podem constituir uma informação importante, podendo se modificada em conhecimento, o qual permitirá aos gestores a tomada de decisão em sua melhor forma. Fato de suma importância para as organizações em geral, as quais estão introduzidas em um ambiente globalizado, altamente competitivo e em constante mutação.

4 - REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Balanço do primeiro ano de vigência da nova lei de recuperação brasileira – Lei n. 11.101/05: Êxitos e preocupações quanto à solução da crise econômica financeira*. 2006, Jornadas de Derecho Comercial. p. 79-87.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A Nova Lei de Falências Comentada. ed. Revista dos Tribunais. 2006.

BRITO, Ricardo D.; LIMA, Mônica R.. A escolha da estrutura de capital sobre fraca garantia legal: o caso do Brasil. Revista Brasileira de Economia. Rio de Janeiro, v. 59, n. 2, p.177- 208, 2005.

CARVALHO, Albadilo Silva. Recuperação Judicial da empresa com fundamento no princípio da viabilidade econômico-financeira. Revista Electrónica de Derecho Comercial, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial, 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1997

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COELHO, Fábio Ulhoa . Comentários á nova lei de falências e recuperação de empresas . São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 412-414

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003

FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. XIV volume. São Paulo. Saraiva. 1965

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Direito Comercial. 24ª ed. São Paulo: RT, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, SP: Malheiros, 2005.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 167.

MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e recuperação de Empresas*. São Paulo: Quariter Latin, 2005. p. 255.

MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas, 3ª Edição. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. vol. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 08.

SABINO, Marco Antonio da Costa. A nova Lei de Recuperação de Empresas e sua importância para a economia nacional e a sociedade. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 673, 9 maio 2005.

TZIRULNIK, Luiz. Direito falimentar. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

TZIRULNIK,Luiz. Direito falimentar, 3ª ed., Revistados Tribunais, São Paulo.1995

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DEBATE ENTRE DWORKIN E HART E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.

GABRIELA MOSCIARO PADUA, o autor:
Advogada. Bacharel pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente artigo visa trazer os principais pontos da discussão existente entre Hart e Dworkin de forma a promover o conhecimento da importância dos princípios jurídicos, apesar do pensamento positivista.

Palavras Chave: Filosofia do Direito; Dworkin; Hart; Discricionariedade judicial; Princípios

Abstract: The present article aims to distinguish between the sensible principles, established and extendable in the limitation of the Derived Constituent Power according to the main voices of the doctrine.
Key-words: Philosophy of law; Dworkin; Hart; Judicial discretion; Principles

Sumário: 1. Introdução. 2. Debate entre Dworkin e Hart: discricionaridade judicial. 3. Do debate entre Dworkin e Hart: projeto descritivo e projeto normativo 4. Conclusão. 5. Referências.

---

1. Introdução

As correntes do positivismo jurídico tiveram e ainda possuem grande influência no pensamento jurídico contemporâneo. No entanto, desde muitos anos já existem críticas ao seu excesso formalismo, em especial porque historicamente o fracasso de sistemas extremamente formais provaram que a consagração positiva de direitos fundamentais não é suficiente para evitar sua violação. Apesar disso, pode-se perceber que ainda persiste na doutrina e jurisprudência, grande influência do positivismo.

Assim,procura-se aqui trazer as principais questões em relação a uma conhecida disputa intelectual se desenvolveu entre o jusfilósofo inglês Herbert L. Hart e o estadunidense Ronald Dworkin, em que este último elabora uma crítica feroz contra o positivismo, cabe observar que o objetivo deste artigo não é uma análise detalhada de tais movimentos, bem como suas críticas, defeitos e avanços, mas sim expor suas principais características, descrevendo seus principais aspectos de forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

didática, para expor a ligação destas e a crítica ao positivismo, considerando o pensamento de Ronald Dworkin a partir de sua crítica à teoria de Hebert L. Hart.

2. Debate entre Dworkin e Hart: discricionaridade judicial

Segundo Hart, quando a aplicação das regras é duvidosa (em razão da textura aberta da linguagem) ou, ainda, quando não houver regras que contemplem o caso, a decisão judicial será discricionária e, assim, de certa forma, será criado um novo elemento da legislação. Nesses casos, portanto, as partes não têm direitos institucionais a serem preservados.

Sobre o tema da discricionariedade, sustenta Hart[1]: "os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as sua próprias crenças e valores."

Vejamos a crítica de Dworkin, a partir da síntese proposta por Ronaldo Porto Macedo Junior,[2] sobre a discricionaridade judicial admitida por Hart: "juízes tem a obrigação de aplicar uma regra sempre que dela se possa extrair de forma clara uma obrigação. Quando, pelo contrário, houver vagueza ou indeterminação, os juízes deverão agir discricionariamente. (...) nos casos difíceis, os juízes agem discricionariamente, não seguindo uma regra jurídica, mas sim criando uma nova regra jurídica e, assim, legislando intersicialmente. Nesse caso, a sua decisão, por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não ter o seu conteúdo determinado por uma regra, não será certa ou errada, do ponto de vista jurídico."

Para Dworkin, dentro de uma democracia constitucional, haverá sempre um direito das partes a ser preservado. Isso porque tanto as regras como os princípios integram o direito, sendo ambos de aplicação vinculante para o juiz. "Nesse sentido, os princípios forneceriam uma base para o dever judicial: identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam as regras"[3].

Importante esclarecer que o uso dos princípios, para Dworkin, não são feitos a partir de um caráter discricionário, ou seja, os princípios jurídicos a servirem de suporte às decisões judiciais não dependem das preferências pessoais do juiz. Para tanto, sustenta que a interpretação dos princípios, apesar de envolver controvérsias no processo de atribuição de seus sentidos, possui um conteúdo cognitivo objetivo. Essa parte do pensamento do filósofo norte-americano será abordada ao longo do presente trabalho.

Antes de encerrar esse tópico é importante não perder de vista que a argumentação do filósofo norte-americano tem como pressuposto a concepção de democracia comunitária. Interessa, pois, descobrir se o indivíduo tem ou não um interesse a ser preservado em face do Estado. Caso positiva resposta, esse direito deve ser assegurado (ao indivíduo) pelo poder público (judiciário). "Trata-se de uma imposição da moralidade política que aparece, no âmbito do discurso jurídico, sob a forma de princípios

3. Do debate entre Dworkin e Hart: projeto descritivo e projeto normativo

Hart, ao ler as críticas de Dworkin sobre seu trabalho, aduz que seu projeto filosófico pretendeu apenas ser descritivo, ou seja, apenas compreender as práticas sociais que permitem identificar o que o direito é. Dito de outro modo: identificar a natureza geral do direito e explicitá-lo. Sua teoria, portanto, não pretendeu a resolver casos jurídicos específicos e também não pretendeu avaliar, mediante perspectivas morais ou éticas, o conteúdo do direito. Sua teoria limita-se, portanto, a indicar o que o direito é; não o que o direito deve(ria) ser.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como pressuposto, Hart sustenta que o direito é uma estrutura social complexa, dotada de um aspecto normativo (na medida em que visa regular os comportamentos da comunidade a que se destina) que, apesar das muitas variações que apresenta ao longo do tempo e nas diferentes culturas a que se dirige, sempre assumiu a mesma forma geral e a mesma estrutura. Seu projeto filosófico pretendeu descrever tais elementos, ou seja, os elementos que permitissem identificar o que é o direito.[4]

Hart indica, pois, que sua intenção foi apresentar uma teoria do direito que identificasse as características mais evidentes do sistema jurídico moderno. Sua tarefa, portanto, é meramente descritiva e, nesse sentido, moralmente neutra, já que não pretende justificar as estruturas descritas. Dito de outra forma: afirma que descreve o direito como um observador externo, não participante da prática social descrita. Descreve, portanto, apenas as maneiras, a partir das quais, os participantes de determinada comunidade veem o direito.

Dworkin refuta tais argumentos aduzindo que é impossível colocar-se externamente ao direito (ou seja, colocar-se externamente à prática social que pretende descrever) e, a partir daí, fazer análises neutras sobre algo que, necessariamente, envolve conteúdo moral (o direito, ao dispor sobre os comportamentos, possui conteúdo moral). Nega, portanto, a possibilidade de haver divisão entre níveis de discurso, assim sendo "discursos de primeira ordem, substantivos, e segunda ordem, metadiscursos com propósito descritivo."[5]

Dito de outra forma: para Dworkin, como o direito envolve conteúdos morais – que é o próprio conteúdo substancial das regras de conduta – não há como identificar o direito sem implicações morais ou éticas. Nesse sentido, não há como fazer um estudo meramente descritivo do direito.

O conceito de direito, para Dworkin, diante do conteúdo moral que lhe é intrínseco, será interpretativo; ou seja, será formado a partir de discussões substantivas, cuja solução demanda interpretações e valorações (não podendo, portanto, ser moralmente neutro).

Hart não compartilha dessa premissa. Para Hart[6] "seria inútil buscar qualquer objetivo específico para o direito, que não fosse o de constituir um guia

para a conduta humana e de oferecer critérios para a sua crítica, a partir das características distintivas: primeiro, o fato de que provê, por meio de normas secundárias, a identificação, a modificação e a imposição de seus padrões; e, segundo, sua pretensão geral à primazia sobre outros padrões."

Dworkin tem um ponto de vista completamente diferente com relação a isso, já que para o filósofo norte-americano há um objetivo específico no direito, a saber, legitimar o uso da coerção estatal.[7]

Ao longo do trabalho o objetivo do direito defendido por Dworkin (que decorre do conceito de direito por ele adotado) será desenvolvido. O objetivo foi explicitado nessa parte do trabalho apenas para que ficassem claras as diferenças que marcam o pensamento dos filósofos ora analisados.

4. Conclusão

Diante do quadro que caracteriza o Brasil, no que se refere ao alto grau de discricionariedade nas decisões judiciais hoje produzidas, a teoria de direito dworkiniana se coloca como importante ferramenta para ser estudada.

Estudar uma teoria estrangeira não pode ser feita sem ressalvas, já que cada teoria, mesmo com pretensões universais, é construída a partir da realidade diversa (ou seja, a partir de referenciais históricos e políticos específicos). Todavia, os aportes democráticos da teoria de Dworkin se mostram de grande valia para um olhar crítico sobre as decisões judiciais produzidas no Brasil, em especial diante da discricionariedade que se faz presente em grande partes delas. Discricionariedade essa que, ao substituir o sistema jurídico pela moral do julgador, termina por contribuir para a implosão de um sistema jurídico construído a partir do marco democrático.

5.Referências

DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho. Justiça e Valor. Editora Martins Fontes. São Paulo: 2018.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

HART, Herbert. O Conceito de Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009,

MACEDO JUNIOR, RONALDO PORTO. Do xadrez à cortesia. Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. Editora Saraiva. São Paulo: 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica. 2 edição. EDITORA JusPODVM. Bahia, 2018.

STRECK, Lenio. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. 2 edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2016.

NOTAS:

[1]HART, H.L.A. O conceito de direito. 3 ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Clouste Gulbekian, 1994b p. 322 apud MACEDO JUNIOR, RONALDO PORTO. Do xadrez à cortesia. Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. Editora Saraiva. São Paulo: 2014, p.160.

[2]MACEDO JUNIOR, RONALDO PORTO. Do xadrez à cortesia. Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. Editora Saraiva. São Paulo: 2014, p.160.

[3]MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica. 2 edição. EDITORA JusPODVM. Bahia, 2018, p. 127.

[4]MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica. 2 edição. EDITORA JusPODVM. Bahia, 2018, p. 128.

[5]MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica. 2 edição. EDITORA JusPODVM. Bahia, 2018, p. 133.

[6]HART, H.L.A. O conceito de direito. 3 ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Clouste Gulbekian, 1994b p. 321 apud MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica. 2 edição. EDITORA JusPODVM. Bahia, 2018, p. 130.

[7]DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2017, p. 110-147.

www.conteudojuridico.com.br

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE FACE ÀS REAÇÕES LEGISLATIVAS QUE SUPERAM A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL.

LARISSA GAMA LOUBACK, o autor:
Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

MARCOS VICENTE PEREIRA DA SILVA
(Orientador)

RESUMO[1]**:** Este trabalho é um estudo sobre o controle concentrado de constitucionalidade face às reações legislativas que superam a jurisprudência constitucional, cujo problema científico é a verificação do referido controle apresentar algum risco democrático. Os objetivos são reflexões sobre conceitos constitucionais correlatos e abordagem da reação legislativa como objeto apto a transformar e contribuir para a hermenêutica constitucional. O tema se revela como atual e também, relevante ao cenário constitucional e democrático. A pesquisa pautou-se em bibliografias.

Palavras-chave: Controle concentrado de constitucionalidade. Reação Legislativa. Soberania popular.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve contextualização. 3 Controle de Constitucionalidade. 5 Presunção Relativa de Inconstitucionalidade. 6 Poder Legislativo: Reação Legislativa 7 Viabilidade do Controle Concentrado de Constitucionalidade face às Reações Legislativas que superam a jurisprudência constitucional. 8 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é um estudo sobre o controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro frente às reações legislativas que superam a jurisprudência constitucional.

Para tanto, o caminho rumado foi no sentido de verificar se o controle concentrado seria instrumento apto a usurpar a competência do Poder Legislativo em sua maior vertente: representação do povo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em um primeiro momento, é feito uma breve contextualização sobre aspectos que são importantes ao tema, esses apontamentos compreendem os estudos abordados no tópico dois. Após, o terceiro tópico destaca o conceito de controle de constitucionalidade e suas classificações. Adiante, no tópico quatro é feito uma reflexão sobre a presunção relativa de constitucionalidade, como resultado da reação legislativa face às decisões do controle concentrado.

O tópico cinco aborda o tema Poder Legislativo e em especial a reação legislativa. Também, uma abordagem sobre a interpretação constitucional e como essa abertura e possibilidade de exegese da Constituição não tão somente pelo Judiciário, impede a fossilização ou engessamento da Constituição.

O tópico seis verifica a viabilidade do controle concentrado face às reações legislativas que superam a própria decisão veiculada em controle de constitucionalidade.

A conclusão se dá no tópico sete e nesse momento, encara-se o problema científico: o controle concentrado de constitucionalidade face às reações legislativas representa algum risco democrático no sentido de que, presume-se que as reações sejam uma manifestação legítima do querer popular.

O tema se mostra atual no ordenamento jurídico e importante ao cenário da democracia, pois ora trata da supremacia da Constituição, outrora da soberania popular, temas indissociáveis cuja existência, presume reciprocidade e liame.

Fato é que, o clamor popular é vertente legítima do Estado Democrático de Direito. Assim, nas mais diversas transformações sociais, o texto constitucional precisa subsistir sem que, contudo, se diminua as forças. Essa linha tênue entre adaptação da realidade à supremacia da Constituição forma um antagonismo de dinâmica com a sociedade e com os Poderes de forma a não congelar o texto constitucional em seu nascedouro, mas sim, flexibilizá-la e ao mesmo tempo, enrijecer naquilo que não se pode abrir mão.

Destarte, o controle de constitucionalidade se mostra apto a garantir tanto a supremacia da Constituição, bem como o querer social, uma vez que o instrumento não se pauta apenas na letra fria, mas também, em outros métodos hermenêuticos que delineados, dão forma a um sistema que se propõe a esticar-se no tempo.

2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DOS ASPECTOS GERAIS DESTE ESTUDO

Os ideais iluministas consagrados no século XVIII – o século das luzes - com forte influência da Revolução Francesa, além de sobrepor a razão em detrimento da fé, sendo verdadeiro avanço histórico, foi também palco de uma importante obra para o Direito: O espírito das leis de Montesquieu.

A importância se dá pelo fato de uma importante instituição ali consagrada: A separação dos poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Instituição essa, que muito se coaduna com a ideia de direitos fundamentais, que tiveram impulso à época da Revolução Francesa, cuja temática pairava sobre a luta entre indivíduo e Estado. Ali então, fora dado o pontapé inicial e em que pese outros doutrinadores já o terem pensado antes, notável foi a contribuição de Montesquieu para o tema.

Certo é que, com o decorrer dos anos, a doutrina foi aperfeiçoada e incorporada aos Estados Democráticos, constituindo-se em verdadeiro princípio, o que não fugiu da realidade brasileira. Atualmente, vem insculpido na Constituição Federal no artigo 2, cuja previsão garante a independência e harmonia dos Poderes como verdadeiras garantias ao pleno exercício.

A separação dos Poderes, sua estruturação e organização diz respeito ao conteúdo material de uma constituição, conforme apontado por José Afonso da Silva (2009, pg. 40)

> A constituição material é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.

A Assembleia Constituinte de 1988, ao disciplinar e introduzir outros assuntos e não tão somente aqueles materialmente constitucionais, trouxe a característica de uma constituição formal para a Carta Magna do país. Até mesmo pelo contexto social em que a Constituição Federal de 1988 promulgou-se no país, já que, um texto constitucional meramente material, talvez não atendesse ao veemente clamor da época, que em suma, queria a derrota do Estado usurpador. Como reforçado por Ulysses Guimarães no acalorado discurso da promulgação da Constituição, que o encerrou com o termo "Muda Brasil!". (GUIMARÃES, 1988)

A palavra Constituição do latim *constitutio* significa condição definida ou ato de estabelecer - não obstante a valorosa e rica semântica -, sendo um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

verdadeiro conjunto de elementos escritos que estruturam algo, em especial um Estado, tendo, portanto, a característica de ser a lei fundamental. Assim sendo, um importante princípio se destaca: A Supremacia da Constituição. Uma vez que a constituição está hierarquicamente estruturada no topo – a lei fundamental - é ela a fonte que irradia conhecimento e o dever ser para todo o ordenamento.

> Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto -,para ingressar ou permanecer validamente, no ordenamento, há de se mostrar conforme aos preceitos da Constituição. (MENDES, 2009, p. 14-15)

Destarte, a Constituição é considerada verdadeiro parâmetro, de modo que os atos que a contradigam, não podem permanecer no ordenamento, pois se assim o fosse, estaria comprometida sua supremacia e a tão aclamada segurança jurídica.

Para fiscalização e perpetuação desse importante e essencial princípio que assegura a característica suprema do texto constitucional, foi então concebido o Controle de Constitucionalidade.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para enfrentamento singular do tema, necessário se faz algumas considerações preliminares.

A Constituição como texto supremo e de força imperativa, encarrega-se da importante missão de reger um Estado, segundo normas e princípios previamente estabelecidos. Partindo da premissa de ser o texto regente da nação, cuja observância é obrigatória, ganha notoriedade o trecho do discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte Ulysses Guimarães quando promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que descreveu a época importantes características do Texto Maior.

> A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito. Rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio e o cemitério. (GUIMARÃES, 1988)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De posse dessa característica mutável, porém estável, o Poder Constituinte ciente de que a sociedade se encontra em permanente transformação social e que disciplinar todos os preceitos em um só texto seria difícil ou até mesmo impossível, tratou de determinados temas com básica regulação - e não exaustivamente - a fim de que houvesse a flexibilidade necessária para enfrentamento de questões pontuais, que certamente surgiriam e que, comprometidas estariam se encontrassem um texto engessado. Destarte, não há uma pretensão de esgotamento de temas, mas de regulação precisa que servirá de parâmetro para os demais. Assim, torna-se válida a compreensão de Gilmar Mendes ao citar Hesse quando diz que a Constituição não deve ser confundida com uma regulamentação precisa e completa, mas como um texto que regula as linhas essenciais naquilo que se afigura relevante. (HESSE, 1998 apud MENDES, 2009, p. 1050).

Vê-se dessa maneira, que há em um só instrumento a rigidez e a flexibilidade, cuja singularidade do texto supremo é justamente o ajuste desse antagonismo.

Assim, apresentar a Constituição como um complexo sem lacunas, esgotada e puramente rígida, seria negar a ela, o seu papel primordial como instrumento de cidadania: a sólida dinâmica com a sociedade.

Todavia, essa dinâmica, não importa em verdadeiro espaço aberto. A Constituição detém um núcleo rígido, de difícil mudança, que se caracteriza com as chamadas cláusulas pétreas, que indicam que enquanto esse Texto reger o país, não há que se falar em mudanças nesses pontos, que estão descritos no artigo 60 parágrafo 4° da Constituição.

Mas, uma vez que há o ultrapasse dessa linha considerada rígida, ou seja, uma vez que determinada legislação infraconstitucional dispõe de modo diverso da Constituição, cuja base se preceitua em sua supremacia, nasce a necessidade do Controle de Constitucionalidade.

O Controle de Constitucionalidade é então, a verificação de compatibilidade vertical que deve existir entre a legislação infraconstitucional com a Constituição, pois não é dada faculdade a nenhum ato inferior a ela, que disponha em sentido contrário. Daí, cumpre novamente lembrar a sua supremacia enquanto Texto maior.

O Controle de Constitucionalidade atua como instrumento apto a defesa e proteção da Constituição, pois tem como aparato os princípios que asseguram a fixação da hierarquia: A supremacia da Constituição e a Rigidez Constitucional. Nesse contexto, válido citar: (TEMER apud CHIMENTI et. al, 2004, p. 351)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Leciona Michel Temer que "a ideia de controle está ligada, também, à de rigidez constitucional ... De fato, é nas Constituições rígidas que se verifica a superioridade da norma magna em relação àquela produzida pelo órgão constituído. O fundamento do controle, nestas, é o de que nenhum ato normativo – que necessariamente dela decorre – pode modificá-la.

A doutrina fez algumas divisões do controle de constitucionalidade que cabem observância, a começar pela Inconstitucionalidade por Ação Formal ou Material e a Inconstitucionalidade por Omissão.

Quanto à Ação Formal, a inconstitucionalidade reside no fato de haver um vício quanto aos requisitos formais de elaboração da norma, havendo violação dos preceitos impostos pelas Constituição para o processo legislativo; seja votação e iniciativa, por exemplo. Esse vício é considerado insanável e nulo.

Quanto ao vício da Ação Material, a lei ou o ato normativo viola um direito ou uma prerrogativa de corpo constitucional. Esse vício não é considerado insanável, caso em que cabe reparação, se possível.

Por outro lado, a Inconstitucionalidade por Omissão ocorre quando há o vácuo legislativo, ou seja, a tarefa de complementar ou regulamentar prevista na Constituição não fora empenhada pelo poder competente, de forma a impor óbices ao exercício do direito àquele que necessita, caso em que deve ser impetrado Mandado de Injunção a fim de que haja a regulamentação e por consectário lógico o gozo do direito. Ao revés, quando a falta de regulamentação impõe óbice a número indeterminado de pessoas o correto é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que estenderá os efeitos da decisão não apenas para um grupo, mas para todos os brasileiros, mediante o efeito vinculante e a eficácia *Erga Omnes* que é apanágio da referida ação. Nesse sentido, cumpre citar:

> A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas o processo de interpretação. (MENDES, 2009, p. 1076).

Também se discute o controle de constitucionalidade quanto ao momento, assim, pode ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo é aquele feito sob um projeto de lei, em regra o exercício se dá pelo Poder Legislativo junto à

Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Todavia, pode ser realizado também, de maneira excepcional pelo Poder Judiciário, quando um parlamentar ao reconhecer uma flagrante inconstitucionalidade impetra Mandado de Segurança em face do processo legislativo considerado inconstitucional.

O controle repressivo é por natureza uma atividade do Poder Judiciário, que se incumbe de dizer haver inconstitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo já em vigor, exercendo verdadeiramente a jurisdição constitucional. Dentro dessa classificação, considera-se o controle difuso e o concentrado.

Por difuso, entende-se aquele que nasce de maneira incidental dentro de um processo. Há uma ação em trâmite, e no percurso é suscitado a constitucionalidade de lei ou ato que ali incida. Nessa modalidade, não há legitimidade ativa específica, uma vez que o autor ou réu na demanda poderão levantar a questão. Da mesma forma a competência, uma vez que todo e qualquer juiz pode realizar o controle de constitucionalidade no caso concreto, assim, os efeitos da decisão ficam apenas entre as partes, e não são vinculantes e não possuem eficácia erga omnes e na maioria das vezes, com efeito ex nunc, ou seja, dali em diante.

De modo diverso, é o controle concentrado de constitucionalidade, cujo processo é específico. O controle concentrado tem rito próprio, competência própria, legitimidade própria.

A Constituição Federal declara a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para o julgamento das ações do controle concentrado no artigo 102, que por sua vez, haverá apenas discussão da lei em tese, sem haver julgamento de interesses subjetivos e lides. Assim, o STF se encarrega da missão de zelar pela defesa da Constituição.

Uma vez reconhecida a competência do STF para o julgamento das ações específicas do controle concentrado, pois assim prevê o texto constitucional, cumpre falar sobre a legitimidade ativa, que é específica também. A Constituição prevê no artigo 103 um rol taxativo de legitimados, e entre eles impõe a alguns um requisito especial, chamado de pertinência temática, quais sejam: Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou Distrito Federal e à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Por Pertinência Temática, entende-se como sendo a justificativa da ação, os legitimados especiais devem comprovar haver relação de lógica com a propositura da ação e a finalidade de exercício que exerce a parte autora. Nesse sentido, válido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

destacar as palavras do Min. Celso de Mello, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1157: (BRASIL, 2006, p. 1)

> O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ad causam para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

O mais importante quanto às ações do controle concentrado é o efeito de suas decisões, uma vez que são diferentes daqueles do controle difuso cujo alcance restringe-se às partes. O controle concentrado estica seus efeitos conforme a previsão do artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/99. Assim, há de se registrar que ficam vinculados os órgãos do Poder Judiciário, a Administração Pública federal, estadual e municipal.

Do parágrafo, extrai-se que os efeitos a todos os entes e poderes vincula, com exceção do Poder Legislativo, pois estender-lhe os efeitos seria impor óbice a sua atividade típica: legislar.

Verifica-se então que, em síntese, os efeitos da decisão do controle concentrado são: Eficácia erga omnes, efeito vinculante e ex tunc, que pode ser entendido como a força retroativa da decisão.

Ainda, sobre as ações do controle, cumpre lembrar também que, não admitem desistência, uma vez propostas, seguirão seu curso até o final, na forma da Lei 9.868/99.

Além dessa característica, é perfeitamente possível a concessão de medidas liminares, uma vez comprovado os requisitos da tutela antecipada: *Fumus Boni Iuris* e *Periculum in Mora.*

4 PRESUNÇÃO RELATIVA DE INCONSTITUCIONALIDADE

É atribuído ao STF – órgão máximo do Judiciário - a competência para extrair o sentido da Constituição, tarefa denominada de Hermenêutica Constitucional que pressupõe não apenas uma leitura fria do Texto Maior, mas uma leitura sistemática, sendo certo que a interpretação literal, em que a análise é puramente direcionada

às palavras ali expostas, constitui-se o método mais pobre de interpretar a Constituição, fato este observado pelo Min. Gilmar Mendes que verificou a complexidade da atividade de interpretação:

> A interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos e princípios, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas epistemológicas – diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares. (MENDES, 2009, p. 119)

Diante disso, é conferido ao STF o múnus de ser o filtro de constitucionalidade das leis. Assim, reconhecida a inconstitucionalidade, há de ser declarada e revogada a lei ou ato. De posse dos efeitos que possuem as ações do controle, os Poderes ficam então vinculados ao que ali fora decidido, com exceção do Poder Legislativo.

Fato é que, as normas ingressam no ordenamento com certa presunção de constitucionalidade e legalidade, ou seja, há uma expectativa de que estejam de acordo com a Constituição. De modo diverso acontece com as leis que passam a vigorar contrariando um entendimento que fora pacificado em decisão do controle concentrado pelo STF. Estas, por sua vez, nascem com a presunção relativa de inconstitucionalidade, cabendo ao Poder Legislativo expor os motivos que considerou coerente no momento da elaboração que justificassem a sobreposição do entendimento jurisprudencial, de força vinculante.

Assim, a presunção relativa de inconstitucionalidade traz consigo o viés de manter a adequação da interpretação harmônica da Corte à Constituição, aplicando ao Poder Legislativo o múnus de explicitar os motivos que entende ser mais adequado a Carta Magna. Apesar de não se vincular às decisões do controle concentrado, não é permitido a deliberação desafrontada e sem prévia moção fundamentada, pois isso implicaria em verdadeira barganha à função constitucional da Corte, o que poderia resultar em significativa insegurança jurídica e ainda, a supremacia parlamentar.

Assim, não se mostra razoável que haja entre os Poderes algum tipo de soberania, de modo que devem existir entre si de forma harmônica, o que presume respeito àquilo que já fora pacificado em processo de discussão sobre determinado tema. Oportuno se faz a menção ao voto do Min. Luiz Fux na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5105 (BRASIL, 2015):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a norma que frontalmente colidir com a jurisprudência do Tribunal nasce com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberia ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima, e que o posicionamento jurisprudencial deve ser superado, tendo em conta novas premissas fáticas e jurídicas. Assim, a novel legislação que frontalmente colidisse com a jurisprudência se submeteria a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso.

Importante dizer que as decisões da Corte Constitucional não engessam o sistema, não havendo se falar em imutabilidade, mas uma vez estabelecidas, são dotadas de imperiosa e legitimidade e a superação a fim de ser coerente, deve ser acompanhada de justificativa para que então, após análise de novos argumentos a Corte possa decidir pela via que mais se coadune com a Constituição. A finalidade é, portanto, a defesa e a proteção da letra e do sistema de preceitos e princípios que formam a Constituição. (BINENBOJM, 2014, pg. 261 - 262)

> A adoção de um sistema de jurisdição constitucional confere ao Poder Judiciário papel decisivo na guarda da Constituição. Esta é uma assertiva quase acaciana. Ao Supremo Tribunal Federal compete como intérprete derradeiro da Lei Maior dizer o direito constitucional em caráter definitivo. Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, também os Poderes Executivo e Legislativo desempenham papel importante na defesa da supremacia constitucional... Portanto, e logo de plano, é preciso desmitificar a ideia de que ao Poder Judiciário esteja reservado um monopólio sobre o controle da constitucionalidade. Na verdade, todos os Poderes devem reverência à Constituição e, mais ainda, têm o dever de impedir, dentro de seu elenco de competências, qualquer atentado à Lei Fundamental. Os Poderes Executivo e Legislativo não são, assim, meros sujeitos passivos do controle da constitucionalidade, exercendo também, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, o poder-dever de atuar como sujeito ativo na preservação dos princípios e regras constitucionais. O princípio, portanto, é

> não descumprir a Constituição e não permitir que se a descumpra.

Assim, não se trata de um monopólio do Poder Judiciário, mas de exercício conjunto, pois a supremacia da Constituição deve ser objetivo comum, bem como poder-dever de todos os Poderes dentro de suas respectivas atribuições.

5 PODER LEGISLATIVO: REAÇÃO LEGISLATIVA

O Poder Legislativo é indissociável da ideia de soberania popular, uma vez que, por natureza, é o representante do povo, o que delineia o Estado Democrático de Direito que, ora busca a limitação ao Poder do Estado contra arbitrariedades, ora tem como pressuposto maior a soberania popular.

> O Estado Democrático de Direito é a síntese histórica de duas ideias originariamente antagônicas: democracia e constitucionalismo. Com efeito, enquanto a ideia de democracia se funda na soberania popular, o constitucionalismo tem sua origem ligada à noção de limitação do poder. (BINENBOJM, 2014, p. 282)

A soberania popular é, portanto, objetivo do Poder Legislativo que se constitui com a legitimidade conferida pela população, por meio de eleições diretas que elegem os representantes. Nesse sentido, cumpre citar "O Poder Legislativo tem por atribuições elaborar as leis, exercer o controle político do Poder Executivo e realizar a fiscalização orçamentária." (CHIMENTI, 2004, p. 213-214).

Na esfera federal, o exercício se dá pelo Congresso Nacional que é o conjunto das duas casas legislativas: Câmara dos Deputados e Senado Federal. Formando assim, um sistema bicameral.

Entre as atividades típicas do Poder Legislativo, a uma cabe destaque: Reação Legislativa. O exercício dessa tarefa se dá - por consectário lógico, pelo fato de ser o Legislativo também, um intérprete da Constituição – pela criação de lei ou ato que supere a jurisprudência da Suprema Corte ainda que o entendimento decorra do controle de constitucionalidade.

> A reação legislativa é uma forma de "ativismo congressual" com o objetivo de o Congresso Nacional reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico por parte do STF, portanto, amparado no princípio da separação dos poderes. O ativismo congressual consiste na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> participação mais efetiva e intensa do Congresso Nacional nos assuntos constitucionais. (DIZER O DIREITO, 2015)

Cumpre então, destacar o que é a jurisprudência constitucional. A jurisprudência constitui-se nas decisões dos tribunais quando na aplicação da lei, julgam casos concretos. Quando se diz jurisprudência constitucional deve-se atentar para o fato de que, neste caso são analisadas questões de matéria constitucional. Assim, a jurisprudência constitucional é a interpretação dada pelo STF às questões de status constitucional. Em que pese a redundância, essa análise pode ser feita pelos Tribunais de instância inferior quando no julgamento do controle de constitucionalidade difuso. Todavia, em análise última, que gerará efeitos vinculantes e erga omnes a atividade é desenvolvida unicamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, como já dito em linhas anteriores, o entendimento jurisprudencial do STF não fica engessado, bem como a interpretação da Constituição. A reação legislativa consagra, por sua vez, a legitimidade da democracia sem, todavia, derrubar a supremacia da Constituição.

Quando ocorre a Reação Legislativa, é importante notar os efeitos que isso acarreta ao cenário da segurança jurídica, pois havendo uma nova lei e uma jurisprudência em sentido contrário, cumpre questionar: Qual prepondera?

Neste diapasão, o STF não está obrigado a modificar seu posicionamento, bem como é possível que o faça, mudando a interpretação. Todavia, as decisões em matéria constitucional não se submetem a validação pelos órgãos políticos e mesmo assim, não impõem óbice a mudança legislativa, pois a própria Constituição não estendeu os efeitos vinculantes ao Poder Legislativo o que lhe confere uma maior abertura para dispor.

O que é importante dizer é que, não existe uma supremacia do STF mas sim, da Constituição. Assim sendo, deve prevalecer o ato que mais se coadune ao Texto Maior, tarefa esta que será analisada pela Suprema Corte.

Ainda, como já dito, o Poder Legislativo deverá demonstrar os motivos que se impuseram quando na edição de determinada lei, ultrapassou o entendimento jurisprudencial, o que desaguará em verdadeira mutação constitucional pelo viés legislativo.

De toda sorte, mostra-se a reação legislativa como uma forma de também, interpretar a Constituição por um órgão que é legitimamente constituído pelo povo.

Assim, denota-se a intenção do Poder Constituinte em constituir um sistema harmônico, sem preponderâncias, mas que se voltem a um objetivo comum: fazer valer a Lei Maior adequando-a às realidades sociais. Fato que não fugiu da análise do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2015)

> Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição...

Diante disso, vê-se que o fenômeno da fossilização da Constituição ou engessamento, fica frontalmente comprometido, pois ora, o intérprete é o Judiciário ora o Legislativo permitindo assim, que o texto constitucional se adeque aos diferentes momentos vivenciados pelo meio social sem que, contudo, haja mudança substancial de seu texto.

6 VIABILIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE FACE ÀS REAÇÕES LEGISLATIVAS QUE SUPERAM A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

O Judiciário quando exerce o controle de constitucionalidade indubitavelmente, atua como órgão de palavra final, sendo a jurisdição seu monopólio. Em que pese não ser órgão composto pelo voto popular, que presume a vontade da maioria, o Judiciário se incumbe tanto de proclamar a justiça dos direitos objetivos, quanto subjetivos.

Neste diapasão, aparentemente, tem o Judiciário uma supremacia velada sobre os outros poderes, de forma que, ainda que implicitamente, os outros lhe devam algum tipo de subserviência, seja pela figura dos magistrados – contexto histórico e etc – seja pela sua atividade de ao fim de tudo, dizer o direito.

Fato é que a Constituição não considerou essa supremacia, que embora não seja legal, é corriqueira, uma vez que o socorro ao Judiciário chega tanto para as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

questões menores do povo, quanto as questões constitucionais. Dessa forma, importante citar: (BITTENCOURT apud BINENBOJM, 2014, p. 50)

> Argui -se, todavia, que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois, enquanto em relação ao Congresso, de eleição em eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular.

Em que pese a referência traçada na citação seja a doutrina americana é perfeitamente aplicável à realidade brasileira. A importante atividade de controlar a constitucionalidade, desenvolvida pelo Poder Judiciário, pode sim, representar um risco democrático, pois como dito, a estabilidade de juízes e o poder da palavra final podem e isso certamente acontece, variar e contrariar deveras o querer da vontade popular, pois ao Judiciário compete além de tudo, a análise da legislação que é a atividade típica do Poder legislativo, ou seja, analisa a vontade que se pode presumir como legítima e popularmente soberana.

Rosseau considerava a vontade da maioria como o ápice da democracia e nesse sentido, vale citar:

> O exagerado apego rousseauniano à vontade da maioria, elevada à condição de fonte última e incontrastável do poder político, tem sido o foco principal de seus críticos. Com efeito, levando-se ao limite o pensamento de Rousseau, toda lei, qualquer que seja o seu conteúdo, deve ser considerada legítima, eis que decorrente da vontade geral. (BINENNOJM, 2014, p. 50)

Rosseau então, considerava que todas as leis eram legítimas eis que revestidas do querer popular. Essa talvez, não seja realidade brasileira, uma vez que o Poder Legislativo não representa ao fim e ao cabo o querer de seus representados, embora por eles eleitos. Isso talvez se deva a nociva cultura de corrupção do país que desagua nas urnas, ora pelos cidadãos que elegem candidatos por interesses diversos daqueles que poderiam alavancar o sistema, outrora, a falta de compromisso dos legisladores em atender à vontade maioria e esquecendo as promessas do período eleitoral, fazendo sobrepor os seus próprios interesses e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

daqueles coligados, comprometendo todo o país pela desordem causada pela omissão e corrupção.

Questões como essas não fugiram dos atuais palcos eleitorais, pois o Brasil vivencia em 2018 o período de eleições para os cargos do Executivo e Legislativo. A fala do candidato à Presidência da República Guilherme Boulos do PSOL traz à tona a reflexão anterior, cuja transcrição importante se faz: "Democracia não pode ser apenas apertar um botão a cada quatro anos na urna e ir embora para casa. Democracia tem que se chamar o povo para a decisão e é isso que estamos dizendo aqui; com plebiscitos, referendo..." (BOULOS, 2018)

O plebiscito e o referendo são importantes instrumentos constitucionais a fim de se efetivar a democracia. São exercidos indubitavelmente com a força do Poder Legislativo, que legitima a coesa vontade do povo.

Mas ultrapassado isso e tendo como base o Poder Legislativo discriminado na Constituição (artigo 44 e seguintes) – dever ser - e já compreendido sua atividade típica, cumpre questionar: O controle concentrado de constitucionalidade face às reações legislativas é um risco democrático?

Como sabido, o Judiciário é órgão contramajoritário e vem crescendo uma certa judicialização de todas as coisas, fato que não foi despercebido pelo Min. Luis Roberto Barroso cuja fala se torna válida a compreensão do tema: (2014, p. 15)

> O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como *representativo*. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.430 o tema ficou muito claro, inclusive o ministro Joaquim Barbosa disse em seu voto não ter recebido delegação do povo brasileiro para reescrever uma lei. E ainda nesse mesmo julgamento, o Ministro Luiz Fux disse que o papel do STF era a tutela das minorias e que votando pela inconstitucionalidade, garantiria assim, a proteção das minorias, em especial – no caso concreto - dos partidos políticos sem representação no Congresso Nacional para que tivesse oportunidade e acesso à propaganda eleitoral, em parecidas condições.

Verifica-se então que, o STF exerce papel de verdadeiro legislador negativo no exercício do controle de constitucionalidade, sendo certo que, na declaração de inconstitucionalidade não há criação de lei nova, o que implicaria em ser um legislador positivo, tarefa incumbida ao Poder Legislativo. O STF ao declarar a inconstitucionalidade de uma reação legislativa, ou seja, que supera o seu entendimento, não viola a soberania popular, mas age como verdadeiro protetor da ordem jurídica. Assim, o controle de constitucionalidade face às reações legislativas é instrumento legal de proteção da segurança jurídica e também da supremacia da constituição.

Certo é que o Legislativo não se vinculando aos efeitos do controle, pode ainda, editar nova lei e, mais uma lei, e mais uma lei... conforme assim pretender, todavia, estará a sua atividade condicionada a presunção relativa de inconstitucionalidade, que deverá ser combatida face as exposições de motivo que acompanharem a lei, momento em que, permite ao STF mudar seu posicionamento, pois ali é dado a oportunidade e o dever à Corte de se manifestar pelo sim ou pelo não face à reação legislativa que pronuncia ato diferente daquele já consolidado, permitindo-se alteração da interpretação porque a hermenêutica não é estática e deve ser sempre vista com olhos prontos a adequá-la a realidade social.

Verificada que a justificativa não impõe razão a mudança e tampouco preserva os preceitos constitucionais, é papel imponente ao STF considera-la inconstitucional.

O Legislativo deve ater-se na produção de seus atos, embora não vinculado, aos entendimentos já consolidados pela Corte, pois a ela fora dado o dever de interpretar a Constituição e também de afastar do ordenamento o que lhe contradiga, até mesmo na reação que decorre após a declaração de

inconstitucionalidade, porque haverá a presunção de inconstitucionalidade. Porém, neste diapasão, cumpre ressaltar a importância das reações, pois elas desencadeiam um processo de nova interpretação da Constituição e fato é que nenhum poder é melhor para representar os interesses da população que o Legislativo.

Assim, nota-se que o STF ao afastar a reação legislativa não age com completa soberania impositiva, mas como fiscalizador dos atos infraconstitucionais que refletem diretamente na Constituição e no meio social, que depende diretamente da justiça das suas decisões, pois a detida análise feita pelo Judiciário - que recebe diariamente petições de interesses objetivos e subjetivos dos mais diversos tipos - confere a possibilidade de ser o órgão o filtro exato para tanto. Nesse contexto, vale frisar que o Controle de Constitucionalidade não é um instrumento político, mas jurídico.

Cabe falar também que o Judiciário tem exercido importante papel social, na medida em que há a chamada Judicialização das Políticas Públicas, que é a fiscalização e a imposição/recomendação aos Poderes omissos que se valham das suas tarefas e atentem-se a finalidade do interesse público e bem-estar social, pois a ausência do exercício pelos Poderes acarreta em consequências sensivelmente sentidas pela sociedade, sobretudo a mais pobre. Daí então, vê-se que o socorro ao judiciário, como já dito, não se dá pelo fato de ser este poder soberano, mas sim, por poder trazer sanções e impor o cumprimento de seus deveres, na tutela da minoria e, da maioria também, pois do próprio cenário brasileiro é possível extrair o entendimento que os Poderes não cumprem com efetividade suas atividades. O que se vê é que o Judiciário tem conhecido muito mais o povo que o Poder Legislativo.

Assim, o Judiciário não usurpa a competência do Legislativo ao proferir decisão contrária as reações legislativas e também não fere a vontade da maioria, mas sim, age para que seja garantido no ordenamento a segurança jurídica, trabalhando para que a interpretação da constituição sempre se coadune com os princípios ali já delineados, sem, contudo, estarem engessados.

A reação legislativa quando age no sentido de modificar o entendimento da Corte traz a possibilidade de atualizar a interpretação constitucional e trazer ao Judiciário um ponto de vista até então, não notado. Esse papel é importantíssimo para a democracia; seja a participação direta do Poder Legislativo na fiscalização e interpretação das leis e até mesmo no exercício do STF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Logo, é um instrumento hábil a impedir que a constituição esteja vinculada apenas ao Judiciário, mas é o ajuste perfeito do antagonismo rigidez-flexibilidade cuja verificação se dará no exercício conjunto do Legislativo e do Judiciário, cuja existência recíproca presume a harmonia, com o fito de proteção e defesa da constituição.

Vê-se que a Constituição brasileira, a cidadã, é um documento preenchido em grande parte, por direitos de segunda geração, ou seja, aqueles aos quais o exercício é garantido por meio da ação do Estado. Arrastando esse conceito para o controle de constitucionalidade, é sabido que o sistema depende diretamente da ação do Estado. A Constituição sobreviverá com a ação conjunta dos poderes, assim, a cúpula do Judiciário vai exercer importante papel nesse contexto.

Embora, o Judiciário ao negar vigência a uma reação legislativa pareça agir com usurpação de competência do Legislativo e até mesmo da vontade popular, é justamente o contrário: a inconstitucionalidade verificada e declarada pelo STF traz para toda a sociedade a segurança de fazer parte de um ordenamento que respeita a sua Lei Maior e faz valer para todos os seus direitos e garantias fundamentais. Oportuno então, a reflexão feita pelo Min. Luiz Fux na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.430 "... Se existe um papel que o Supremo Tribunal Federal tem que exercer, é o papel de tutela das minorias. " (BRASIL, 2012)

Depreende-se dessa forma que, a jurisdição constitucional desempenha papel democrático e sobretudo, de modo a garantir a supremacia do Texto que traz a segurança e a veemente expectativa de viver em um Estado Democrático de Direito, cujos direitos e garantias encontram sólida segurança num sistema que preserva a sua Constituição.

7 CONCLUSÃO

Desde os ideais consagrados pelo constitucionalismo, os Poderes instituídos encontram limites à sua atuação, limitação que se revela necessária, pois um Estado ilimitado tende a violar os direitos e as garantias fundamentais.

Nessa mesma linha, um país signatário em tratados internacionais se compromete também a observância não tão somente de seu texto maior, mas também, do que ali ficou consignado mediante um tratado que rompe as fronteiras. Instrumentos como esses garantem à sociedade a eficácia de seus direitos e também o direito de os reivindicar face aos atropelamentos de suas prerrogativas, ora internamente, ora externamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O poder de um Estado soberano nunca deve ser uma afronta ou um medo à sua sociedade, mas sim uma relação de cooperação, a sociedade enquanto voz legítima de transformação e o Estado, como um administrador.

Essa voz popular no ordenamento brasileiro é representada pelo Poder Legislativo, que entre outras funções, se incumbe de editar e criar leis que se coadunem com a sociedade, pois ela será a destinatária.

Este poder, no entanto, encontra limites na criação de seus atos, conforme já esmiuçado, limites estes importantes para que seja garantido que a Constituição esteja sempre no topo da pirâmide. Ocorre que, o fato de a Constituição estar no topo da pirâmide não anula a soberania popular, mas sim, regula seu exercício dentro de parâmetros democráticos e constitucionais.

Ficou demonstrado, portanto, que o controle concentrado de constitucionalidade não se materializa como um vilão quando se vale frente às reações legislativas, mas sim, como um garantidor de um sistema que privilegia as normas constitucionais em detrimento das inconstitucionais.

Verificado então, que uma reação legislativa viola a Constituição, sua existência não mais se justifica. Em que pese a possibilidade da Suprema Corte reavaliar o método de interpretação, ver um ponto até então não percebido, fato é que não há espaço para a inconstitucionalidade no ordenamento brasileiro.

Crível dizer que, a reação legislativa é um instrumento muito importante para a democracia e para o sistema da jurisdição constitucional, pois permite que o Legislativo também interprete a Constituição e também, aja como um fiscalizador inovador do papel desenvolvido pelo STF que, neste caso, atua como um legislador negativo.

A reação legislativa garante que não haja um monopólio do poder judiciário frente às questões constitucionais, todavia, até mesmo esse passo passará pelo crivo do Judiciário, pois a este foi designada a tarefa constitucional da reserva da jurisdição.

Em que pese a representação do povo pelo Legislativo, inegável dizer que, nos moldes atuais, muito tem sabido o Judiciário sobre os anseios populares devido a colossal demanda que recebe diariamente.

Assim, inegável concluir que, o Poder Judiciário ao negar vigência a uma reação legislativa que supera seu próprio entendimento, não age com usurpação de competência, tampouco viola os preceitos da social democracia, mas sim, age

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como garantidor do texto maior ao passo que, essa garantia se mostra hábil para que essa análise seja sempre feita e que a voz da sociedade seja sempre ouvida.

São, portanto, as garantias constitucionais que validam o querer popular e sua legitimidade de sempre recorrer à via da reivindicação nos moldes legais, sem que para isso o Poder Legislativo se valha de meios inconstitucionais, sejam estes formais ou materiais.

Fazer permanecer um ato ou lei inconstitucional pela justificativa idônea ou não de ser esse o papel do Legislativo, abre brechas para que em algum momento até mesmo esse papel de representação seja questionado ou violado. A validação da Constituição se faz todo dia e é esse importante texto, promulgado democraticamente, por uma Assembleia constituída pelo povo legitimamente, que faz com que todo gozo inconstitucional pereça, frente a um texto cidadão.

As urnas neste país estão abarrocadas de esperanças mortas por ter um Legislativo com uma trajetória pouco gloriosa, com o devido eufemismo. A população em sua consciência de protesto elege representantes inaptos a esse papel tão importante e, após, carece por uma legislatura sem representação. Assim, todos seus anseios desaguam no Judiciário (órgão contramajoritário), que muitas vezes encontra um Legislativo despreparado e uma motivação - na hipótese de presunção relativa de inconstitucionalidade - de criação de lei incoerente com os preceitos constitucionais, o que pode indicar um desconhecimento do Texto Maior.

O apaixonado e atemporal discurso de Ulysses Guimarães não pode ser esquecido. A supremacia constitucional e a soberania popular estão intimamente ligadas, sem que uma não atropele a outra, sem que a existência de uma negue a outra, sem que o controle de constitucionalidade amedronte a sociedade, pois esta não é mecanismo de repressão, mas de proteção. (GUIMARÃES, 1988)

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**, Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2018/01/artigo-luis-roberto-barroso.pdf Acesso em 20 set 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional - Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4 ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BOULOS, Guilherme. **Debate presidenciável na Rede TV**, 2018. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=sZox2B5PPCY. Acesso em 21 set 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em 06 dez 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão Ação Direta de Inconstitucionalidade 1157-MC**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01-12-94, Plenário, DJ de 17-11-06, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391350. Acesso em 07 set 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.430**. Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Acórdão, 29/06/2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766 Acesso em 28 ago 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5105-**DF, rel. Min. Luiz Fux, 1º.10.2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo801.htm). Acesso em 06 set 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recl. 2617 AgR/MG. Rel. Min. Cezar Peluso**, 23 fev 2005. Disponível em:http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361894. Acesso em 07 set 2018.

CHIMENTI, R., CAPEZ, F., ROSA, M., SANTOS, M. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo: Saraiva, 2004.

DIZER O DIREITO. **Superação Legislativa da Jurisprudência Constitucional e ativismo congressual.** Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html. Acesso em 07 set 2018.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso Assembleia Constituinte**, 1988. Disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-

NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html. Acesso em 10 set 2018.

MENDES, GILMAR; COELHO, INOCÊNCIO MARTIES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Revista ampliada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

NOTA:

---

[1] Artigo apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, como requisito parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso e obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE ECONÔMICA DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

FELIPE ALMEIDA GARCIA SANTOS, o autor:
Advogado. Bacharel em Direito pela UFBA.

RESUMO: O presente artigo científico visa abordar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica a partir de seus fundamentos jurídicos e econômicos, traçando as consequências de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e os perigos de sua adoção irrestrita. A pesquisa se desenvolve apresentando, preliminarmente, importantes considerações acerca da ideia de pessoa jurídica como um ente dotado de autonomia em relação às pessoas naturais que a constituem. Prossegue adentrando no estudo da desconsideração da personalidade jurídica, trazendo seu histórico, conceito e características fundamentais. Por fim, debruça-se na análise econômica do instituto, aplicando o instrumental próprio das ciências econômicas para investigar seus fundamentos, utilidades e possíveis consequências. O método dedutivo foi o mais utilizado nessa pesquisa, a partir da leitura de fontes legislativas, bibliográficas e documentais.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Direito Civil. Análise Econômica. Poder Judiciário. Eficiência.

ABSTRACT: This scientific paper aims to analyze the disregard doctrine considering its legal and economic elements, tracing all the consequences of its application in the Brazilian legal order and the danger when it comes to an unrestricted application. The research develops itself by showing, firstly, some important considerations about the legal entity as gifted with autonomy in relation to the natural person. After that, it focus on studying the disregard theory, showing its history, concept and fundamental characteristics. In the end, it proceeds to an economic analysis of the institute, applying economical tools to look into its inner elements, utilities and possible consequences. The scientific method that was used the most during this research is the deductive one, after reading many legislative, bibliographic and documental sources.

KEYWORDS: Disregard of Legal Entity. Civil Law. Economic Analysis. Judicial branch. Efficiency.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: Introdução; 1. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica; 1.1. Histórico do instituto; 1.2. Conceito e características da *disregard doctrine;* 2. A necessidade de uma abordagem econômica do direito; 3. Análise econômica do instituto da desconsideração da personalidade jurídica; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Tema pouco abordado em trabalhos científicos, a análise dos fundamentos e reflexos econômicos da utilização da desconsideração da personalidade jurídica é, sem dúvidas, assunto de extrema importância. Não obstante o instituto tenha sido criado com o escopo de mitigar os efeitos do oportunismo na administração de pessoas jurídicas de direito privado, caso utilizada de forma arbitrária e abusiva, a desconsideração pode ser grande colaboradora para a retração do desenvolvimento econômico. Por outro lado, se bem utilizada, pode ser um importante instrumento para sancionar e prevenir a ação de fraudadores.

Neste trabalho, analisaremos o instituto inicialmente sob uma perspectiva estritamente jurídica, de modo a tornar possível a compreensão dos motivos e formas de aplicação da *disregard doctrine* no contexto brasileiro. Posteriormente, utilizar-se-á o conjunto de ferramentas já desenvolvidas no âmbito do *law and economics* para buscar uma nova e efetiva abordagem do instituto, de modo a entender suas causas subjacentes e as potenciais consequências de sua má utilização. Por fim, serão apresentadas conclusões, tendo por base o que foi visto nas seções anteriores.

1 NOTAS SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A necessidade ou conveniência de os indivíduos unirem esforços e recursos com o fito de realizarem objetivos comuns é a razão de ser da pessoa jurídica. Ela é criada, portanto, a partir da organização jurídica de pessoas e bens, e, como consequência disso, lhe é atribuída personalidade jurídica, distinta da de cada um de seus membros, passando então a atuar na vida jurídica com personalidade própria. [1]

Conforme explica Orlando Gomes, a necessária individualização da pessoa jurídica só se efetiva, com efeito, "se a ordem jurídica atribui personalidade ao grupo, permitindo que atue em nome próprio, com capacidade jurídica igual à das pessoas naturais" [2]. Desse modo, segundo ele, surge "a necessidade de personalizar o grupo, para que possa proceder como uma unidade, participando do comércio jurídico com individualidade".

Assim, no intuito de permitir a livre associação, de favorecer o desenvolvimento do comércio, entre outros motivos, concede-se personalidade à pessoa jurídica. E é graças à personalidade jurídica que a pessoa jurídica, e em especial, a sociedade, se configura como uma entidade distinta em relação aos seus administradores e fornecedores de capitais que têm capacidade para celebrar contratos com as partes.

Dentre as principais consequências da personificação da pessoa jurídica, destaca-se a incidência do princípio da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade do sócio.

Em decorrência do principio da autonomia, pode-se dizer que tão logo a pessoa jurídica é constituída, passa a ocorrer um distanciamento entre ela e as pessoas naturais que a constituíram. Assim, uma vez criada e registrada, a pessoa jurídica adquire patrimônio autônomo e capacidade para exercer direitos em nome próprio. Do mesmo modo, adquire direitos da personalidade, como nome particular, domicilio e nacionalidade.

Em resumo, terão as pessoas jurídicas vida autônoma e, em muitos casos, até mesmo a alteração das pessoas físicas responsáveis por sua constituição não irá repercutir em mudanças no seu organismo. É o que ocorre, por exemplo, no caso de sociedades institucionais ou de capitais, que permitem a substituição ou que eles mudem de estado sem que haja alteração da estrutura social.

Já a limitação da responsabilidade dos sócios se justifica pelo fato de ser a empresa, essencialmente, uma atividade de risco econômico. Esse risco de insucesso inerente à empresa significa que o agente econômico exercente da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

empresa responderá, com seu patrimônio, pelas obrigações que são assumidas em função e em decorrência do exercício da atividade empresarial. Tal risco será contrabalançado pela potencialmente ilimitada possibilidade de ganho decorrente do exercício de sua atividade.[3]

Porém, como bem explicam Alexandre Cateb e Eduardo Pimenta, é certo que as pessoas em geral reagem aos incentivos que lhe são apresentados e, tendo em vista a importantíssima função que o agente econômico empresário tem nas economias de mercado, foram desenvolvidos e aperfeiçoados, ao longo do tempo, incentivos econômicos com o objetivo de minimizar o risco inerente à atividade empresária.[4]

Assim surgiu a limitação da responsabilidade da pessoa jurídica. A lógica é simples, conforme demonstra Richard Posner[5]: caso não dispusessem os empreendedores, para proteger seus patrimônios particulares dos riscos inerentes à atividade econômica, de um mecanismo de constituição de sociedade empresária como pessoa jurídica autônoma, eles seriam obrigados a negociar, pontual e repetidamente, a limitação de suas responsabilidades com cada credor. Desse modo, os custos de transação[6] aumentariam drasticamente, o que afetaria sobremaneira a eficiência econômica da atividade empresária.

Outro fator apontado por Posner como fundamento para a consagração societária da responsabilidade limitada do sócio é o fato dessa limitação ser uma forma de externalizar as perdas decorrentes do possível insucesso econômico da atividade empresarial.[7] Isso quer dizer que os custos decorrentes da eventual insolvência da sociedade empresária não serão suportados apenas pelo patrimônio dos sócios, que se limitam à sua quota, mas também pelos credores da pessoa jurídica constituída por eles, uma vez que não poderão exigir tal pagamento do patrimônio dos sócios e, diante da insolvência da pessoa jurídica, acabarão suportando uma parte dos custos desse fracasso.

Assim, é possível concluir que a pessoa jurídica no direito empresarial é, hoje, acima de tudo, um elemento de limitação do risco econômico inerente à atividade empresária. Busca-se proporcionar aos participantes do empreendimento a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

oportunidade de antever, planejar e, principalmente, restringir o risco patrimonial de cada um deles através da limitação da responsabilidade.

Como se verá adiante, nos casos em que se aplica a desconsideração da personalidade jurídica, o que se busca é uma declaração de ineficácia dos princípios da limitação e da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, desde que presentes os requisitos legais.

1.1 HISTÓRICO DO INSTITUTO

Fato é que a independência patrimonial pode, muitas vezes, levar a práticas abusivas ou ilícitas, como bem salienta Francisco Amaral [8]. Isso ocorre na medida em que os membros podem se aproveitar do hermetismo, do isolamento de vida interna da entidade para prejudicar terceiros com ela relacionados.

Em face disso surgiu a ideia de desconsideração da personalidade jurídica. Visa-se preservar o próprio instituto da pessoa jurídica, que se via constantemente ameaçado pelas inúmeras fraudes cometidas por integrantes de grupos societários.

A doutrina é pacífica em apontar a origem do instituto nos séculos XIX e XX, em especial a partir de julgados norte-americanos e ingleses, países adotantes do *common law*.[9] Nesse primeiro momento, seu escopo era obstar os abusos praticados sob o véu da autonomia da pessoa jurídica, de modo a mascarar interesses particulares dos sócios.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, é sabido que o mesmo já tratou a ideia de autonomia da personalidade jurídica como um dogma quase intransponível. Foi com esse pensamento que dispositivos como os arts. 20 do Código Civil de 1916 e 350 do Código Comercial surgiram.

Nesse cenário, coube aos tribunais romper paulatinamente essa barreira dogmática, de modo a atender às necessidades sociais emergentes. Assim, tomando como inspiração a construção doutrinária de Serick [10] e Verrucoli [11], a desconsideração da personalidade jurídica (ou *disregard doctrine*) começou a ser aceita e aplicada em nossas Cortes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A partir da difusão feita por Rubens Requião, primeiro doutrinador brasileiro a escrever sobre o tema [12], passou a ganhar força entre magistrados e juristas a ideia de que a personalidade jurídica não pode ser entendida como um direito absoluto. Afinal, ela não pode viabilizar a prática de atos abusivos ou fraudulentos contra credores ou terceiros, já que, se isso ocorresse, estaria atuando como mecanismo contrário ao Direito.

Assim, em não havendo normas positivadas que proibissem práticas dessa natureza, o Judiciário lançava mão de vários instrumentos jurídicos para tentar reprimi-las ou impedi-las, baseando-se em diversos fundamentos. Como exemplo, temos um acórdão relatado por Edgar de Moura Bittencourt, a seguir transcrito:

> a assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito.[13]

Nesse caso, o ex-desembargador utilizou a própria justiça como fundamento para relativizar as regras referentes à separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e o de seus membros.

No plano do direito positivo, todavia, foi apenas com a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que o instituto ganhou, em fim, sua primeira previsão, conforme a regra esculpida no seu art. 28 [14]. Em sequência, outros diplomas legais passaram também a prever a desconsideração da personalidade jurídica em situações semelhantes. Nesse sentido, temos a Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste) [15] e a Lei nº 9.605/98, que cuida da proteção ao meio ambiente [16]. No âmbito civilístico, contudo, o Código Civil de 2002 é o primeiro diploma normativo a abordar a temática.

1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA *DISREGARD DOCTRINE*

Segundo Rubens Requião, pioneiro no tratamento do tema no Brasil, uma vez configurada situação de abuso de direito e da fraude no uso da personalidade

jurídica, "o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica", com o objetivo de, "penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos". [17]

Já para Caio Mario, a desconsideração da personalidade jurídica significaria, em essência, o "desprezo episódico (eventual), pelo Poder Judiciário, da personalidade autônoma de uma pessoa jurídica", tendo por escopo "permitir que os seus sócios respondam com o seu patrimônio pessoal pelos atos abusivos ou fraudulentos praticados sob o véu societário"[18]. Assim, funcionaria a desconsideração como uma espécie de permissão dada ao Judiciário para responsabilizar civilmente o sócio, sempre que for ele o autêntico obrigado ou responsável, em face da lei ou do contrato.

Marçal Justen Filho, por sua vez, entende que a desconsideração corresponderia à "ignorância ou não aplicação, para casos concretos, do regime jurídico estabelecido como regra para situações de que participe uma sociedade personificada (pessoa jurídica)". [19]

A definição legal do instituto encontra-se no texto do artigo 50 do Código Civil, que aqui se transcreve:

> 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.

Segundo o texto legal, uma vez que reste caracterizado o *abuso na utilização da personalidade jurídica*, através de um *desvio de finalidade* ou de *confusão patrimonial,* será permitido ao magistrado, no caso concreto, a pedido da parte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interessada ou do Ministério Público, desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica, fazendo cessar, por conseguinte, sua autonomia patrimonial.

Uma vez quebrada a regra da autonomia, torna-se possível, entre outras medidas, a penhora de bens particulares dos sócios, submetendo-os à constrição judicial, desde que constatada a insolvência da pessoa jurídica.

Em resumo, estará justificada a adoção da *disregard theory* sempre que se observe a atuação de sócios abusando do direito ou fraudando situações em detrimento de terceiros de boa-fé. Assim, fundamenta-se o instituto enquanto óbice legal à prática ilícita ou abusiva dos que se valem da pessoa jurídica para acobertar sua própria responsabilidade.

É importante não confundir a desconsideração da personalidade jurídica, objeto deste trabalho, com a despersonalização da empresa. Com efeito, a desconsideração
da personalidade societária "não implica anulação (despersonalização) ou desfazimento
do ato constitutivo da sociedade empresária, mas apenas a sua ineficácia episódica",
como salienta Fabio Ulhôa Coelho [20]. A despersonalização, por sua vez, implicaria na retirada da personalidade da pessoa jurídica, o que, em última análise, levaria à sua extinção.

A desconsideração da personalidade jurídica não tem por objetivo a anulação da personalidade jurídica. Visa apenas desconsiderar essa personalidade numa situação específica, no que diz respeito às pessoas ou bens que utilizaram ou foram utilizados para o cometimento de ilegalidades.

Em suma, temos, nos casos de desconsideração mera hipótese de *declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica* quanto a certos e determinados efeitos. No que tange aos demais efeitos e fins propostos, desde que lícitos, em nada essa declaração de ineficácia influenciará, continuando a sociedade a funcionar normalmente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Reafirmando essa característica do instituto, Elizabeth Farias assevera que, quando da aplicação da desconsideração, "não se discute em juízo a validade do ato constitutivo da sociedade analisada, e sim, apenas a eficácia desse ato constitutivo sem, no entanto, questionar-se a validade do mesmo". [21]

São duas as teorias aceitas no direito brasileiro para identificar os momentos em que a desconsideração deve ser utilizada. São elas: a *teoria maior* e a *teoria menor*. [22]

A teoria maior entende que a comprovação da fraude ou do abuso de direito por parte dos sócios constitui requisito essencial para que o juiz possa ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. Divide-se a teoria maior em *objetiva* e *subjetiva*.

Para a primeira, basta a ocorrência de confusão patrimonial para que a desconsideração seja utilizada. Ou seja, é suficiente a constatação da existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa.

Essa confusão patrimonial se caracterizará sempre que, por exemplo, um sócio utiliza o patrimônio da pessoa jurídica para realizar pagamentos pessoais e vice-versa, de modo a atentar contra a separação das atividades entre empresa e sócio. É o que se convencionou chamar de *comingling of funds*, ou em outras palavras, promiscuidade de fundos, explicitando essa mistura patrimonial. [23]

A teoria subjetiva, por sua vez, não prescinde do chamado *elemento subjetivo*, presente nos casos de desvio de finalidade e de fraude. Somente quando existisse o desvio de finalidade ou a fraude seria possível a utilização do expediente da *disregard*.

"Desvio de finalidade", aqui, deve ser entendido como uma fuga intencional dos objetivos sociais da pessoa jurídica, deixando um rastro de prejuízo, direto ou indireto, para credores, terceiros ou até mesmo para os outros sócios da empresa.

Entendendo pela necessidade de averiguação do elemento anímico para desconsideração da personalidade jurídica, dada a gravidade da intervenção do Estado na esfera particular nesses casos, Gustavo Guimarães Henrique aduz que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Somente prova cabal da ocorrência de fraude, situação em regra não presumível em direito pátrio, poderá conduzir o Magistrado à intervenção no patrimônio da sociedade. Trata-se de situação excepcional e que, pela violência com a qual se instaura, somente vem a cabo com o suporte de provas incontestes sobre a fraude. [24]

Quanto à teoria menor, esta considera que o simples prejuízo do credor é motivo suficiente para a ocorrência de desconsideração. Não seria necessário checar se de fato houve ou não utilização fraudulenta da regra da autonomia patrimonial, nem mesmo se houve abuso da personalidade. Basta que a sociedade não possua patrimônio e o sócio seja solvente para ser possível responsabilizá-lo por obrigações societárias.

Conforme entendimento dominante nas Cortes Superiores, a regra geral de desconsideração adotada no ordenamento jurídico brasileiro, com base na previsão do art. 50 do CC/02, consagra a teoria maior da desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva, condicionando o manejo do expediente à constatação de desvio de finalidade ou de abuso patrimonial. [25]

Assim, quando houvesse desvio de finalidade, aplicar-se-ia a desconsideração a partir da vertente subjetiva da teoria maior. Por outro lado, quando apenas o abuso patrimonial estivesse configurado, a *disregard* se aplicaria da mesma forma, mas agora com base na vertente objetiva.

Nesse sentido, Fábio Ulhôa Coelho [26] sustenta que a formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada "como o critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é a mais ajustada à teoria da desconsideração". Já a formulação objetiva serviria para auxiliar na produção de prova pelo demandante, posto que possível "presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para o supracitado autor, ambas podem ser aplicadas no caso concreto, não se devendo "deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude."

De todo modo, tendo em vista a já referida importância socioeconômica do princípio da autonomia patrimonial, a desconsideração é medida que deverá ser utilizada no âmbito cível apenas excepcionalmente, de forma episódica, quando presentes os requisitos legais. Por conseguinte, as regras que tratam do tema devem ser sempre interpretadas restritivamente, não sendo possível o seu elastecimento para alcançar situações não contempladas de forma expressa.[27]

Outra característica importante, já cimentada em sede doutrinária, versa sobre a necessidade de limitação do alcance subjetivo da desconsideração. Apenas os sócios e administradores que incorram no ato irregular devem sofrer os efeitos da desconsideração, deixando-se de lado aqueles sem qualquer poder de administração.[28]

Vale dizer que a teoria menor, apesar de não adotada pelo Código Civil, restou acolhida nas searas consumerista e ambiental. Nelas, basta a mera presença de prova de insolvência da pessoa jurídica para pagamento de suas obrigações, sem ter que se falar em desvio de finalidade (teoria maior subjetiva) ou em confusão patrimonial (teoria maior objetiva). Basta a mera expectativa de prejuízo do credor.

O Código de Defesa do Consumidor trata do instituto em seu artigo 28, e nota-se claramente uma maior amplitude para a aplicação da teoria do *disregard*, sendo prevista a retirada do véu societário em diversas situações, como nos casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, ocorrência de fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social e até mesmo quando ocorre falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, quando provocados por má administração.

Para além da previsão desses inúmeros casos de aplicação, o CDC demonstra ainda expressamente sua opção pela adoção da teoria menor no §5º desse mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dispositivo, segundo o qual "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, esse largo espectro de incidência da desconsideração se justifica em face da necessidade de conferir maior amparo aos consumidores, em geral hipossuficientes e vulneráveis, almejando o reequilíbrio das relações sociais e econômicas. [29]

Entretanto, também há de se olhar essa previsão normativa sob outro ângulo, sobretudo o econômico. O parágrafo quinto do art. 28 do CDC concede uma perigosa abrangência à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o que pode dar origem a uma série de distorções e aplicações indevidas no plano fático, impactando na própria atividade empresarial do país. Por isso, como seria de se esperar, esse dispositivo é bastante criticado em sede doutrinária e jurisprudencial, como será visto em tópico específico no presente trabalho.

Por fim, importa mencionar a possibilidade de se desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigações assumidas pelos seus sócios. Em outras palavras, é possível a *desconsideração inversa* da personalidade jurídica.

Desse modo, como sustenta Luiz Paulo Vieira de Carvalho, será possível a "utilização da desconsideração da personalidade jurídica visando alcançar os bens da própria sociedade, mas em decorrência de atos praticados por terceiros (sócios)", sempre o que os sócios atuarem "ostensivamente ocultando os seus bens na sociedade". [30]

Apesar dessa possibilidade já ser aceita no âmbito doutrinário e jurisprudencial há algumas décadas, o novo Código de Processo Civil, em vigor desde 2016, previu expressamente essa possibilidade em seu art. 133, §2º, ao afirmar que serão aplicáveis todas as disposições previstas no capítulo que trata do incidente de desconsideração também às hipóteses de desconsideração inversa.

2 A NECESSIDADE DE UMA ABORDAGEM ECONÔMICA DO DIREITO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como bem colocam Robert Cooter e Thomas Ullen [31], até bem pouco tempo o direito costumava restringir a aplicação da economia apenas a algumas poucas áreas, como às leis antitruste, dos setores regulamentados, dos impostos e da determinação das indenizações monetárias.

Contudo, mais recentemente, tem-se verificado uma forte alteração desse quadro, sobretudo a partir do início da década de 1960, quando a Análise Econômica do Direito passou a se expandir para abordar não apenas áreas mais tradicionais do ensino jurídico, mas também áreas específicas, como Direito Ambiental e Direito de Família.

Ivo Gico Jr. entende que "a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não". [32]

Partindo do pressuposto de que cada indivíduo tem suas preferências individuais, e se comporta sempre buscando maximizar seu bem-estar em um mundo em que os recursos são escassos, a abordagem econômica tem tido papel relevante para reavaliar o senso comum jurídico, partindo para uma abordagem funcional e direcionada para a eficiência dos institutos, fornecendo respostas antes inacessíveis aos juristas.

Nesse sentido, temos o exemplo da já considerável produção acadêmica na análise econômica do contrato, que ajudou a vislumbrar com mais clareza o lado funcional desse instrumento jurídico, considerando sua função primordial de comunicação de metas de conduta em um ambiente de imperfeições e de custos que muitas vezes impedem que os objetivos sejam alcançados sem sua adoção. [33]

No próximo tópico, comentaremos sobre a racionalidade econômica por trás do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Para tanto, será adotada uma abordagem funcional e pragmática, buscando compreender as bases do instituto a partir de uma perspectiva econômica, como uma resposta aos problemas concretos que surgem em relações que envolvem pessoas jurídicas privadas. Assim,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

espera-se desvendar a *disregard doctrine* enquanto mecanismo de incentivos para as partes e como gerador (ou não) de cooperação social.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Sob o ponto de vista mercadológico, são as pessoas jurídicas (e aqui abordamos, mais especificamente, as sociedades empresárias) criações legais que servem como estrutura para o estabelecimento de relações contratuais entre diferentes participantes da produção. Essa é a lógica da chamada *teoria da rede de contratos,* segundo a qual a sociedade empresária seria "o local de encontro dos contratos explícitos e implícitos que estabelecem as modalidades de fornecimento e de agenciamento dos recursos provenientes de acionistas, credores e empregados". [34]

Por esse ponto de vista, o objetivo da sociedade deve ser avaliado em relação ao conceito de troca, que é central no contexto contratual. Desse modo, todas as partes que interagem nesse contexto visam sempre a maximização dos benefícios mútuos. Enquanto esse processo de troca funciona bem, a busca pelos benefícios permite que todos ganhem e a coletividade seja beneficiada conjuntamente. Por conseguinte, seria o objetivo de uma sociedade maximizar os benefícios para todas as partes envolvidas.

Sempre que o processo contratual funciona adequadamente, as normas jurídicas terão papel limitado no favorecimento dessa *maximização do valor*. Contudo, quando o processo de troca deixa de funcionar de forma satisfatória, é preciso apelar para os chamados *instrumentos de governança corporativa*, cujo objetivo é abrandar os problemas e favorecer a realização de trocas mutuamente satisfatórias para todas as partes. [35]

Segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, o termo *governança corporativa* "remete aos mecanismos de funcionamento, controle e responsabilização que regem a tomada de decisões nas sociedades". Segundo os autores, a governança da empresa tem como objetivo "favorecer a maximização de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

seu valor no interesse dos acionistas e de todas as partes envolvidas com a sociedade".[36]

Os instrumentos de governança podem abranger tanto instrumentos jurídicos como pré-jurídicos. É dizer, se agrupam em duas categorias, conforme sua fonte. De um lado, estão os instrumentos criados a partir da própria organização interna da sociedade. De outro, estão aqueles oriundo de fontes externas.

Exemplificando, um dos possíveis instrumentos internos de governança é o estabelecimento de um conselho de administração na sociedade, cuja função não é apenas administrativa, mas também fiscalizatória. O direito de voto nas sociedades por ações também seria um exemplo, pois visa garantir a participação dos acionistas no processo decisório societário.

Contudo, para os fins deste trabalho, maior ênfase deve ser dada aos mecanismos de governança externos. Como hipótese deste tipo de mecanismo, temos a concorrência entre empresas no mercado de bens e serviços. Trata-se de mecanismo não jurídico, que possui como efeito incentivar os administradores a potencializarem o valor da sociedade.

Em mercados abertos à concorrência, o sucesso de uma empresa depende diretamente do preço e da qualidade do bem ou serviço oferecido. Assim, se a sociedade age de modo oportunista, aumentando demasiadamente o preço ou diminuindo a qualidade de seu produto, a sua competitividade estará comprometida. Exemplificando, estratégias que gerem a produção de bens defeituosos podem significar prejuízo para a sociedade caso os consumidores optem, em decorrência disso, por adquirir bens dos concorrentes.

Entretanto, não se deve sobrevalorizar esse efeito disciplinador do mercado de bens e serviços. Como explicam Mackaay e Rousseau [37], há varias indústrias em que o nível de concorrência é baixo, de modo que o mercado de bens e serviços não é suficiente para exercer pressão relevante contra a adoção de comportamentos oportunistas pelas empresas. Além disso, o mecanismo de concorrência do mercado constitui forma de controle considerada primitiva, pois,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conforme esclarece Michael Jensen, "na medida em que a disciplina do mercado de produtos e serviços acontece, isto se dá, frequentemente, muito tarde para salvar a empresa". [38]

Tendo em vista essa insuficiência do efeito disciplinador do mercado, coube ao ambiente jurídico estabelecer novos instrumentos de governança das empresas, o que ocorreu a partir do estabelecimento de normas e regras de conduta específicas. Essas normas são chamadas *disposições imperativas*, e constituem a principal forma de expressão dos mecanismos de governança.

Trata-se de normas relativamente imutáveis, ou seja, em relação às quais as partes não dispõem da liberdade para modificar ou afastar. Portanto, as normas imperativas constituem um limite ao consensualismo, na medida em que impõem regras de conduta indeclináveis às partes. As normas que positivam a *disregard doctrine* no Brasil (art. 50 do Código Civil, art. 28 do CDC, entre outros) são normas imperativas, de acordo com o conceito trazido.

Vale salientar que a existência de tais disposições é objeto de diversas críticas.[39] Argumenta-se que, não obstante a ideia central das disposições seja garantir melhor fluidez ao supracitado processo de troca, as normas imperativas muito raramente convêm ao conjunto de sociedades às quais se aplicam.

Isso porque, em regra, as autoridades reguladoras que estipulam esse tipo de norma são menos informadas das necessidades das sociedades do que os próprios sócios. Na medida em que tentam seguir as instruções apontadas por tais regras, ou ainda quando tentam evitar as restrições por elas impostas, os participantes acabam incorrendo em custos para atingir os fins que desejam, como, por exemplo, o pagamento de honorários profissionais, ou mesmo o atraso na realização do projeto visado.

Por essas razões, muitos acadêmicos entendem que disposições dessa natureza deveriam ser evitadas. Para eles, a legislação societária deveria adotar majoritariamente normas flexíveis, adaptáveis a cada situação, de modo a responder às variadas necessidades das empresas.[40]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mas se geram tantos inconvenientes à atuação das sociedades, porque então as normas imperativas são utilizadas em basicamente todos os ordenamentos jurídicos do mundo? A explicação mais frequente para esse questionamento envolve a necessidade de estabelecimento de limites ao processo consensual, como forma de ordenar as atividades das sociedades e prevenir eventuais falhas de mercado.

Tais falhas de mercado podem se manifestar de diversas formas. As mais comumente abordadas em sede doutrinária são as *assimetrias informacionais*, os *custos de transação* e os *custos externos*.

Segundo Mackaay e Rousseau [41], "cada uma dessas falhas restringe a aptidão dos membros da sociedade para proteger seus próprios interesses no quadro das negociações e justificaria a adoção de normas imperativas". Dada sua importância para uma boa compreensão da abordagem econômica, convém aqui conceituar cada uma dessas falhas de mercado.

As *assimetrias de informação* envolvem uma discrepância quanto às informações operacionais disponíveis para cada parte. O processo de troca pode gerar ganhos satisfatórios para todas as partes envolvidas, mas isso pressupõe que todas tenham acesso a toda a informação pertinente à operação. Todavia, é comum que entre as partes haja disparidades nas informações relacionadas à troca, e que uma delas esteja mais bem informada que a outra. Em termos econômicos, diz-se que nesses casos há assimetrias informacionais entre as partes.

Se uma das partes não dispõe de todas as informações necessárias, ela se torna incapaz para tomar decisões ótimas, já que não poderá calcular, corretamente, todos os custos e vantagens das opções que lhe são oferecidas.

As *externalidades negativas* (ou "efeitos externos negativos"), por sua vez, são efeitos causados em terceiros quando uma empresa tem a liberdade de se dedicar a uma atividade sem precisar assumir todos os custos a ela associados [42]. Em outras palavras, a atividade exercida pela sociedade impõe a outras pessoas os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

custos que só por ela deveriam ser suportados. Exemplo clássico de externalidade negativa é a poluição.

Nesse sentido, Arthur Pigou afirmava que uma externalidade negativa seria produzida quando "uma pessoa, enquanto presta um serviço a uma contraparte, o estende a terceiros, ou faz com que o serviço imponha custos aos terceiros de maneira que não se possa cobrá-los dos beneficiários ou deles obter uma indenização em proveito das vítimas". [43]

Fato é que, quando da análise de seus projetos de investimento, as empresas não costumam considerar os custos externos que serão gerados. É comum que aprovem projetos que não sairiam do papel caso considerassem todos os custos envolvidos. Isso porque a responsabilidade limitada diminui consideravelmente o interesse econômico das empresas em investir nível ótimo de recursos adotando medidas preventivas, já que não assumirão, de forma integral, as perdas resultantes dos prejuízos gerados por suas atividades.

Por fim, os *custos de transação* (também chamados de "custos de contratação") representam tudo aquilo que as partes de um negócio gastam ou deixam de ganhar com o objetivo de constitui-lo ou executá-lo. São os custos enfrentados pelos contratantes para elaborar, manter e executar o contrato. [44]

Tais custos foram tratados pela primeira vez por Ronald Coase, em seu artigo intitulado "The Problem of Social Cost" e publicado em 1960 [45]. Nessa obra, ele explica que os custos de transação são aqueles que saem do bolso de uma das partes, mas não entram no bolso da outra. Por isso, são puras ineficiências, verdadeiros atritos na relação comercial entre dois agentes, sem qualquer resultado útil para as partes.

Para ele, caso não haja custos de transação, quaisquer problemas envolvendo externalidades seriam rapidamente solucionados pelos agentes, uma vez que a negociação necessária para atingir uma solução eficiente não teria qualquer custo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contudo, quando presentes custos de transação, os mercados, sozinhos, não atingirão resultados eficientes sempre que o excedente econômico da transação seja menor que os custos de transação, pois dessa forma não será vantajosa para as partes a conclusão do negócio.[46]

Assim, na ótica de Coase, são os custos de transação que impedem as partes cheguem a um entendimento que pareça proveitoso para elas. Por conseguinte, em não havendo custos de transação significativos, não existiriam externalidades, já que tudo estaria internalizado no contrato.

A existência de significativos custos de transação, assimetrias informacionais e externalidades negativas no mercado fundamentam a necessidade de disposições imperativas. Exemplificando, se uma sociedade se envolve em atividades que geram custos a terceiros sem compensá-los, normas de caráter discricionário terão pouca utilidade, já que os membros da sociedade escolherão afastá-la. Apenas normas dotadas de imperatividade, portanto, seriam indicadas para obrigar os membros de uma companhia – cujas atividades gerem externalidades negativas – a assumirem os custos que imponham aos terceiros.

Vale ressaltar, todavia, que as disposições imperativas só devem ser utilizadas quando as partes efetivamente não conseguirem resolver seus problemas por meio de negociação, ou quando os custos para fazê-lo superarem os decorrentes do procedimento previsto na legislação. Caso contrário, corre-se o risco de gerar novas ameaças ao bom funcionamento do mercado, dessa vez pelo excesso de intervenção estatal.

Dentre os mecanismos de governança corporativa externa, destaca-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Esse instrumento foi criado, como dito no tópico inaugural deste trabalho, com o objeto de punir o abuso da personalidade jurídica praticado pelos sócios. Tal abuso ocorre quando a personalidade jurídica e a própria ideia de limitação da responsabilidade são distanciados de sua finalidade econômica originária, não servindo mais para proteger os empresários contra os riscos ordinários do negócio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sob o ponto de vista econômico, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica seria um mecanismo de governança corporativa externa, de origem jurídica, pelo qual se busca controlar e corrigir assimetrias informacionais, custos de transação e externalidades negativas geradas pela adoção dos princípios da autonomia patrimonial e da responsabilidade limitada dos sócios, evitando e punindo a adoção de comportamentos oportunistas [47] por parte destes.

Quanto à redução de externalidades negativas, ela se impõe na medida em que os credores contratuais da empresa poderão ver relativizado o principio da limitação de responsabilidade como punição pelo abuso de direito ou fraude exercida pelo empresário.

É possível dizer ainda que também os indivíduos estranhos às relações contratuais firmadas pelas sociedades empresárias podem ser beneficiados pelo instituto em análise. Nos casos em que a fraude consiste na tentativa de elidir uma regra jurídica que visa à proteção de terceiros, como no exemplo das normas de direito ambiental, igualmente restará configurado o abuso de direito, a justificar a desconsideração da personalidade empresária. Assim, busca-se oferecer certo grau de proteção a esses indivíduos (e à coletividade, em última análise) contra os indesejáveis efeitos do principio da limitação da responsabilidade dos sócios.

Na fase pré-contratual, a *disregard* funciona ainda como elemento corretivo das assimetrias informacionais. Explica-se: na medida em que um devedor faça manobras fraudulentas na fase pré-contratual, buscando induzir o credor em erro sobre a extensão do risco derivado da consolidação do negócio jurídico, ele o impede de transferir o risco de inadimplemento ou inexecução à pessoa jurídica mediante requerimento de contrapartida adequada.

Em casos como esse, a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica diminui a atração por fraudes por parte dos sócios durante a fase negocial do contrato, uma vez que manobras desse tipo terão o condão de lhes impor responsabilidade pessoal. Por conseguinte, é natural que aumente a veracidade das informações prestadas aos credores e diminuam os riscos por eles assumidos quando negociam com as empresas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A desconsideração viabiliza ainda a redução dos custos de transação durante a execução dos contratos, vez que os credores passam o dispor de mecanismo punitivo que aumenta as chances de execução fiel do acordo, o que, por sua vez, reduz os custos preventivos gerados pela necessidade de antecipar outras formas de controle, sobretudo custos relacionado à fiscalização e sanção. Além disso, como observam Marcel Kahan e Michael Klausner [48], a própria natureza padronizada desses mecanismos já reduz os gastos que as partes teriam para negociar mecanismos similares, a serem adotados em cada novo contrato firmado.

Inobstante os inúmeros impactos econômicos positivos acima apontados, a desconsideração da personalidade jurídica não pode, de forma alguma, tornar-se regra na *práxis* jurídica. Sua adoção irrestrita geraria um sem número de reflexos negativos não só ao ordenamento jurídico, como também ao próprio desenvolvimento econômico do país.

Exemplo próximo dos perigos que o descontrole na aplicação do instituto pode trazer é a forma como vem sendo utilizado o *BacenJud*, sistema digitalizado que interliga o Poder Judiciário brasileiro ao Banco Central e às instituições bancárias, pelo qual os juízes podem bloquear valores presentes em contas bancárias vinculadas ao CNPJ de qualquer empresa.

Se por um lado esse instrumento descomplica sobremaneira a satisfação do crédito de quem procura o Judiciário, tornando a tutela jurisdicional mais eficiente e efetiva, ele também facilita a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, pois basta um clique para que contas de pessoas físicas sejam bloqueadas para garantir o pagamento de um débito gerado por pessoas jurídicas.

O uso indiscriminado desse mecanismo pode gerar diversos danos, não só de ordem econômica, mas também violações a direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, como a dignidade da pessoa humana, o contraditório e a ampla defesa. Imagine-se, conforme aponta Bruno Bastos Oliveira, que diretores, administradores e as próprias pessoas físicas integrantes do quadro societário podem, a qualquer tempo, amanhecer com suas contas bloqueadas por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

um débito ainda em discussão num processo judicial, sem que nele sequer figurem como partes. [49]

O que muitas vezes tem ocorrido nos tribunais e varas judiciárias brasileiras é a aplicação do instituto diante da simples ausência de recursos da empresa para saldar seus débitos, tais como indenizações ou verbas trabalhistas, sem se averiguar se de fato estão presentes os requisitos legais para a sua utilização.

Como é de se esperar, esse quadro tem imenso potencial para impactar negativamente no desenvolvimento econômico do país, desestimulando o empreendedorismo e encorajando a informalidade. É bem menos arriscado permanecer na informalidade do que constituir uma sociedade empresária para correr o risco de, no futuro, ter que arcar com possíveis crises financeiras por meio de seu patrimônio pessoal.

Por isso, é importante que os operadores do direito sejam conservadores ao aplicar a *disregard theory,* reservando-a apenas para os casos em que efetivamente reste configurada hipótese de abuso da personalidade jurídica, preservando ao máximo o princípio da livre iniciativa e a ideia de autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

Como explica Luiz Felipe Pinheiro, o que se busca com a análise econômica nada mais é que a incorporação pelos aplicadores do direito de noções de eficiência econômica e de redução de custos sociais, em paralelo à noção de justiça distributiva, de modo a aprimorar instrumentos inerentes ao próprio Direito para promover o tão necessário desenvolvimento econômico.[50]

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como base a investigação acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, buscando extrair os fundamentos econômicos de sua existência, assim como as consequências de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, concluiu-se que a desconsideração da personalidade jurídica, desde que utilizada pelos operadores do direito de forma arrazoada e conforme os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pressupostos legais exigidos, é instrumento de grande valia no combate às praticas oportunistas de agentes econômicos, assim como na redução de ineficiências econômicas derivadas dos custos de transação.

Por outro lado, é necessária cautela na sua aplicação, já que uma utilização demasiadamente liberal do instituto pode dar ensejo a diversas consequências negativas no âmbito não só econômico, mas também jurídico. É o que vem ocorrendo na prática com a aplicação do BacenJud, quando magistrados ilicitamente ignoram a ideia de limitação da responsabilidade dos sócios para bloquear suas contas, sem dar a devida atenção para a função que esse princípio exerce ao incentivar o desenvolvimento econômico do país.

A ideia central do trabalho foi, enfim, abordar esse instituto jurídico sob um outro viés, pouco conhecido na doutrina jurídica clássica, de modo a fornecer aos juristas uma nova compreensão do tema, atenta às consequências de sua aplicação para os agentes sociais envolvidos e, em última análise, para toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 8.ed. São Paulo: Renovar, 2014.

BRASIL. Palácio do Planalto. Lei nº 10.406/2002 (Lei Ordinária) de 10/01/2002. Código Civil**.** **D.O.U.** de 11/01/2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ 2002/L10406.htm> Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1325663/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 11/06/2013. **DJE** de 24/06/2013. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23541193/recurso-especial-resp-1325663-sp-2012-0024374-2-stj/inteiro-teor-23541194> Acesso em 29 jun. 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil**. Niterói: Impetus, 2009.

CATEB, Alexandre Bueno; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise Econômica do Direito Societário. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economic, v.3, 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.1. ed. 20. São Paulo: RT, 2016.

CHEFFINS, Brian. **Company Law – Theory, Structure and Operation**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FERREIRA, Cristina Sanchez Gomes. A desconsideração da personalidade jurídica na partilha de bens sob o viés da law and economics, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30731/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-na-partilha-de-bens-sob-o-vies-da-law-and-economics> Acesso em: 01 ago. 2017.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012..

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. São Paulo: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. **Agency Problems and Legal Strategies**. 2004.

HENRIQUE, Gustavo Guimarães. Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. In: MARQUES, Jader; FARIA, Marcelo (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

JENSEN, Michael Cole. **A Theory of the Firm: Governance, Residual Claims, and Organizational Forms**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KAHAN, Marcel; KLAUSNER, Michael. **Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or the Economics of Boilerplate)**. Virginia: Virginia Law Review, 1997, p.719.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Bruno Bastos. **A desconsideração da personalidade jurídica e seus reflexos no desenvolvimento econômico**. 1. ed. CONPEDI, 2014, p. 83-105. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4fb504afa03df952> Acesso em 10 jun. 2017.

PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas'. IN: **A Parte geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva Civil Constitucional**. Coordenador: Gustavo Tepedino. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução**. São Paulo: Forense, 2001.

PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**. 4 ed. London: Macmillan, 1932.

PINHEIRO, Luis Felipe; PEREIRA, Pedro Aurélio de Queiroz. **Desconsideração da personalidade jurídica e desenvolvimento econômico**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idCon teudo=7>. Acesso em 09 jul. 2017.

POSNER, Richard. The Rights Of Creditors on Affiliated Corporations. v. 43. In**: The University of Chicago Law Review,** 1976.

_____. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)**. RT 410:12-24, dez. 1969.

_____. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SERICK, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Tradução de Marco Vitale. Milão: Giuffrè, 1966.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

VERRUCOLI, Piero. **Il superamento della personalità giuridica delle società de capitali nella common law e nella civil law**. Milão: Giuffrè, 1964.

WILLIAMSON, Oliver. **Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications**. New York: Free Press, 1975.

NOTAS:

[1] AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 8.ed. São Paulo: Renovar, 2014. p. 269-270.
[2] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 162-163.
[3] CATEB, Alexandre Bueno; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise Econômica do Direito Societário. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014. p.226.
[4] CATEB, Alexandre Bueno; PIMENTA, Eduardo Goulart. *Op. Cit.*, p. 227.
[5] POSNER, Richard. The Rights Of Creditors on Affiliated Corporations. v. 43. In**: The University of Chicago Law Review,** 1976. p.290.
[6] O conceito de custos de transação será abordado com detalhes mais adiante, neste trabalho.
[7] POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p.424.
[8] AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p.301.
[9] Existem alguns precedentes históricos do instituto que sempre são lembrados. Entre eles, o caso Salomon v. Salomon & Co. Ltd., julgado em 1897 pela House of Lords, com relatoria do Lord Macnaughten, porém com voto vencedor do Lord Halisbury. Outro precedente é o caso Bank of United States v. Deveaux, relatado pelo Juiz Marshall, da Corte Suprema norte-americana, em 1809. Por fim, também o episódio United States vs Lehigh Valley RailRoad, de 1910, serve como registro histórico da disregard doctrine. PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas'. IN: **A Parte geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva Civil Constitucional**. Coordenador: Gustavo Tepedino. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 101.
[10] SERICK, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Tradução de Marco Vitale. Milão: Giuffrè, 1966.
[11] VERRUCOLI, Piero. **Il superamento della personalità giuridica delle società de capitali nella common law e nella civil law**. Milão: Giuffrè, 1964.
[12] REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)**. RT 410:12-24, dez. 1969.
[13] TJSP, Ap. Cív. 9.247, Rel. Des. Edgar de Moura Bittencourt, julg. 11.4.1955, in: RT 238/394.

[14] 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.
[15] Essa lei repete quase que integralmente, em seu art. 18, a regra prevista na legislação consumerista, permitindo a desconsideração, além dos casos de abuso, ilícito ou violação estatutária, também nos casos de insolvência empresarial.
[16] No seu art. 4°, também autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, sempre que constituir "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".
[17] REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.86.
[18] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução**. São Paulo: Forense, 2001, p. 59.
[19] JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
[20] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.1. ed. 20. São Paulo: RT, 2016, p. 40.
[21] FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.74.
[22] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.255.
[23] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD; Nelson. Op. cit., p. 429.
[24] HENRIQUE, Gustavo Guimarães. Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. In: MARQUES, Jader; FARIA, Marcelo (coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 90.

[25] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1325663/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, **DJE** de 24/06/2013.
[26] COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p.257.
[27] Esse é o entendimento extraído do Enunciado 146 da II Jornada de Direito Civil, segundo o qual: "nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade ou confusão patrimonial)". Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/JDC/issue/view/64/showToc> Acesso em: 01 ago. 2017.

[28] Veja-se o teor do Enunciado 7 da I Jornada de Direito Civil: "só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorridos". Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/JDC/issue/view/64/show Toc> Acesso em: 01 ago. 2017.

[29] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD; Nelson. *Op. cit.*, p. 430.
[30] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil**. Niterói: Impetus, 2009, p. 105.
[31] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 23.
[32] GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.
[33] FERREIRA, Cristina Sanchez Gomes. A desconsideração da personalidade jurídica na partilha de bens sob o viés da law and economics, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30731/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-na-partilha-de-bens-sob-o-vies-da-law-and-economics> Acesso em: 01 ago. 2017.

[34] HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. **Agency Problems and Legal Strategies**. 2004. p. 21-31. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kraakman_644.pdf> Acesso em 20. jul. 2017.
[35] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.554.
[36] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p.554.
[37] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 593.
[38] JENSEN, Michael Cole. **A Theory of the Firm: Governance, Residual Claims, and Organizational Forms**. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p.35.
[39] CHEFFINS, Brian. **Company Law – Theory, Structure and Operation**. Oxford: Oxford University Press, 1997, p.227. Disponível em: <https://www.hse.ru/data/2015/11/25/1080442453/Class%201 %20(Complete).pdf> Acesso em 27 jul. 2017.
[40] CHEFFINS, Brian. *Op. cit.*, p. 231.
[41] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 571.
[42] CHEFFINS, Brian. *Op. cit.*, p. 233.
[43] PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**. 4 ed. London: Macmillan, 1932, p.183. Disponível em: <https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/users/jcalhoun/Courses/History_of_Economic_Ideas/Readings/ Pigou-The_Economic_of_Welfare.pdf> Acesso em 15 jul. 2017.
[44] CATEB, Alexandre Bueno; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise Econômica do Direito Societário. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p.232.

[45] COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economic, v.3, 1960, p.1-44.

[46] Aprofundando essa lógica, o *Teorema de Coase* afirma que, numa situação em que (i) as partes sejam racionais em relação ao seu interesse individual; (ii) não haja custos de transação; (iii) haja um mercado para todas as mercadorias, envolvendo direitos de propriedade bem especificados, as transações de mercado levarão a uma alocação eficiente (maximizando o bem-estar total), independentemente da alocação inicial de direitos de propriedade. COASE, Ronald. *Op. cit.*, p. 37.

[47] Oportunismo é termo de uso muito comum entre economistas. Oliver Williamson o definiu como a busca de interesse pessoal com um elemento de engano *tromperie* (*self interest seeking with guile*). É possível dizer que uma parte contratante age de maneira oportunista quando procura, por trapaça (meios diversionistas) ou mediante força, coerção, modificar em seu proveito e em detrimento da outra, a repartição dos ganhos conjuntos do contrato que cada parte poderia, normalmente, obter no momento de sua conclusão. O ato oportunista consiste em explorar de forma significativa uma assimetria na relação de pessoas em detrimento de outros participantes. Já mostramos muitas formas: a carona, o baluarte (*hold-out*), o risco moral, a seleção adversa ou antisseleção e os problemas de *agency.* WILLIAMSON, Oliver. **Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications**. New York: Free Press, 1975, P.26. Disponível em: < https://learn.canvas.net/courses/1446/files/549397?module_item_id=171550> Acesso em: 21 jul. 2017.

[48] KAHAN, Marcel; KLAUSNER, Michael. **Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or the Economics of Boilerplate)**. Virginia: Virginia Law Review, 1997, p.719.

[49] OLIVEIRA, Bruno Bastos. **A desconsideração da personalidade jurídica e seus reflexos no desenvolvimento econômico**. 1. ed. CONPEDI, 2014, p. 83-105. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4fb504afa03df952> Acesso em 10 jun. 2017.

[50] PINHEIRO, Luis Felipe; PEREIRA, Pedro Aurélio de Queiroz. **Desconsideração da personalidade jurídica e desenvolvimento econômico**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idCon teudo=7>. Acesso em 09 jul. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A VIABILIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO VIGENTE.

MARIANA DE MATTIA ROCHA, o autor:
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) em 2012, tendo prestado o V Exame da Ordem Unificado: aprovada na prova prático-profissional em Direito Empresarial (2011). Especialista Direito Penal e Processual Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus (2014). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (2017). Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Milton Campos (2017). Atualmente é analista concursada na área de direito no Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), lotada na Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos e aluna do curso de mestrado em Ciência Sociais do UFMG com previsão de conclusão em 2021.

A idade mínima para imputabilidade penal no Brasil tem sido objeto de discussão ao longo da história da legislação brasileira e vários foram os Projetos de Emenda Constitucional (PEC) que tentaram e tentam reduzir a maioridade penal fixada hoje em 18 anos. O tema mostra-se extremamente controverso, principalmente diante da ausência de consenso na legislação mundial.

O ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Constituição Federal de 1988 (CF), concebe a criança e o adolescente como sujeitos de direito, garantindo-lhes proteção especial em virtude da sua condição de pessoa em desenvolvimento. Contudo, muito se tem discutido acerca da adequação dessa proteção ao contexto social atual, uma vez que os jovens de hoje possuem muito mais acesso à informação e, portanto, detêm maior discernimento se comparados àqueles à época da promulgação de tais legislações.

Os altos índices de criminalidade de nossa sociedade suscitam a necessidade de alteração da maioridade penal e trazem à tona a discussão a respeito dessa possibilidade, ante os limites de nossa Constituição, dividindo a doutrina em basicamente duas correntes: aqueles a favor da redução, devido ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

clamor social, e os contrários, que consideram a redução inviável e impossível em nosso contexto jurídico.

Assim, este estudo busca identificar, na legislação vigente e nas Propostas de Emendas à Constituição apresentadas no Congresso Nacional, os limites e a viabilidade para a redução da maioridade penal no Brasil.

O Direito Romano já apresentava algumas situações nas quais os indivíduos recebiam penas distintas de acordo com sua idade, como se pode verificar na Lei das XII Tábuas, que dava tratamento diferenciado aos infratores impúberes. Os indivíduos que eram pegos em flagrante pela prática de furto, quando adultos livres deveriam ser dados como escravos às vítimas. Em se tratando de adultos escravos, seriam então jogados do alto da Rocha Tarpeia. Já os delinquentes impúberes eram tratados com menos rigor, sendo açoitados com vara conforme determinação de seus julgadores (AFONSO, 2008).

A infância como fase de formação do ser humano somente se consolidou no século XIX. Antes disso nem mesmo linguisticamente existia um vocábulo específico para designá-la. Os termos que compreendiam a "infância" e a "adolescência" foram progressivamente introduzidos na nossa sociedade, pois até meados do século XVIII apenas o termo *"enfant"* era utilizado e levava em consideração apenas a dependência econômica à qual estava submetido e não os fatores biológicos. Não havia determinação do período no qual a infância estava compreendida, muito menos lhe era conferida alguma importância. (FONSECA, 2006)

Com a evolução da sociedade e a mudança no sentimento de família, especialmente pós-revolução burguesa, começou-se a dar mais importância à infância e com isso surgiu o dilema: cuidar das crianças por serem ingênuas e com esperança de um dia serem bons adultos ou condená-las e puni-las por seus atos? Tal impasse perpetua em nossa sociedade.

A idade para início da responsabilização penal varia de acordo com a legislação de cada país e conforme a cultura jurídica e social de cada um, pelo que se denota a ausência de consenso mundial sobre o assunto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Resolução n.º 40/33 das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985, previu algumas "Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil", também conhecidas como "Regras de Pequim", e recomenda que a idade mínima para responsabilidade criminal leve em consideração a maturidade emocional, mental e intelectual do jovem, bem como o seu melhor interesse, que seja razoável e que não seja excessivamente baixa. Contudo, a definição do termo "baixo demais" utilizado na Resolução é extremamente subjetiva, dependendo de fixação e, atualmente, está à mercê da interpretação dos legisladores.

Além de adotarem diferentes idades para o início da maioridade penal, alguns países também adotam regimes de tratamento especial de acordo com a idade dos menores infratores.

O texto *"Old enough to be a criminal?",* publicado no site do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), traz alguns exemplos da idade mínima para responsabilização penal no mundo:

a) Nos Estados Unidos da América, a idade mínima para ser responsável criminalmente é estabelecida por lei estadual e apenas 13 Estados legislaram a respeito, variando entre 6 e 12 anos a idade mínima. Já os demais estados estão sujeitos à lei comum a qual afirma que dos 7 aos 14 anos de idade as crianças podem ser responsabilizadas caso sejam consideradas culpadas, contudo, não pode haver presunção de culpa.

b) No Japão, os infratores abaixo de 20 anos são julgados em um tribunal de família e não pelo sistema judicial criminal.

c) Em todos os países escandinavos, a idade de responsabilidade criminal é de 15, e os adolescentes menores de 18 anos estão sujeitos a um sistema de justiça voltado para serviços sociais, sendo o encarceramento o último recurso.

d) Na China, crianças de 14 a 18 anos são tratadas pelo sistema de justiça juvenil e podem ser condenadas à prisão perpétua por crimes considerados particularmente graves.

e) Nos países da América Latina está em curso a reforma da legislação de justiça juvenil. Hoje, no Brasil, Colômbia e Peru a idade mínima para

responsabilidade criminal é de 18 anos; contudo crianças dos 12 aos 18 anos podem ser submetidas a medidas socioeducativas.

O Manual da Unicef (2006, p. 27), por sua vez, observa que a maioridade penal nos países pode variar entre os 7 e os 18 anos e categoriza a maioridade penal aos 17 ou 18 anos como "especialmente alta". O manual ressalta ainda que uns países possuem mais de uma idade como "maioridade penal", dependendo do tipo de crime praticado.

Alguns países que haviam baixado a maioridade penal acabaram retornando a sua idade inicial ou até aumentando-a, como é o caso do Japão que a havia alterado para 14 anos, mas verificou aumento nos índices de criminalidade e acabou aumentando para 21 anos a inimputabilidade penal.

No Brasil, com a chegada da Coroa Portuguesa no início do século XIX, estavam em vigor as Ordenações Filipinas e, de acordo com elas, a partir dos sete anos de idade já era possível imputar crime a uma pessoa. Contudo, não poderia haver condenação do menor em pena de morte e lhe era concedida redução de pena. A partir dos 17 e até 21 anos existia a figura do "jovem adulto", o qual poderia ser condenado à morte, mas também gozava da possibilidade de redução da pena em circunstâncias específicas (PIERANGELI, 2004).

Somente em 1830, oito anos após a proclamação da independência, surge o Código Criminal do Império, o primeiro Código Penal brasileiro, no qual se determinava a maioridade penal absoluta a partir dos 14 anos, salvo se antes de atingir tal idade tivesse atuado com discernimento, devendo, então, ser recolhido às casas de correção pelo tempo determinado pelo juiz, até que atingisse 17 anos (FONSECA, 2006).

O Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, Código de Menores (Código Mello Mattos), previa normas específicas para os delinquentes com idade entre 14 e 18 anos.

Já o Código Penal de 1940, no tocante à imputabilidade penal, adotou as ideias de Alcântara Machado, levando em consideração a imaturidade do menor e fixando 18 anos como idade para se atingir a maioridade penal. A própria exposição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de motivos do Código Penal de 1940 é clara ao trazer que "não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos) senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas à pedagogia corretiva da legislação especial".

O Código Penal de 1940 sofreu reforma em 1984, através da Lei 7.209/84, que deu nova redação à sua Parte Geral, trazendo importantes alterações, mas manteve, em seu artigo 27, a imputabilidade penal aos 18 anos.

A Constituição Federal de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporou ao nosso ordenamento jurídico os princípios da Doutrina da Proteção Integral, que podem ser encontrados nos artigos 227 e 228 da CF. Essa Constituição tornou necessária a edição de nova lei específica para tratar dos menores, em substituição ao Código dos menores de 1979, ante a incompatibilidade com a nova Carta Magna.

Surge então o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, que concebe as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, dando-lhes ampla garantia de seus direitos sociais e pessoais. Fundamentando-se na Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança de 1989, o ECA está em vigor até os dias de hoje.

A defesa dos direitos das crianças e adolescentes se pauta nos princípios da doutrina da proteção integral e do melhor interesse do menor. São três os principais princípios que norteiam a legislação especial acerca do tema, quais sejam: o Princípio da Proteção Integral, pelo qual a criança e o adolescente têm direito à proteção em todas as esferas de sua vida (art. 1º); Garantia de Absoluta Prioridade, que estabelece que a criança e o adolescente têm direito a ser protegidos e atendidos em suas necessidades, com prioridade no recebimento de socorro, na utilização de serviços públicos e na destinação de verbas e políticas sociais públicas (art. 4º); e, por fim, a Condição de Pessoa em Desenvolvimento, no qual a criança e o adolescente são seres em formação que requerem cuidados especiais em cada fase da vida, para que tenham desenvolvimento sadio e harmonioso (art. 6º) (ECA, 1990).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No presente estudo, podemos ressaltar o Princípio da Prioridade Absoluta, contido no artigo 227 da Constituição Federal e reafirmado no artigo 4º do ECA. Tais dispositivos legais versam a respeito dos fundamentos do chamado Sistema Primário de Garantias, ou seja, estabelecem as diretrizes para uma Política Pública que priorize as crianças e adolescentes, reconhecidos em sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Cabe aqui uma breve menção às repercussões que o Código Civil de 2002 gerou no Direito Penal no tocante à maioridade.

Com o advento do Novo Código Civil, instituído pela Lei n° 10.406/2002, a maioridade civil foi reduzida de 21 para 18 anos, de acordo com seu artigo 5°, igualando-se, assim, à maioridade penal prevista no artigo 27 do CP e ficando o indivíduo habilitado para a prática de todos os atos da vida civil a partir dessa idade.

Contudo, diferentemente do Código Penal, o Código Civil diferencia em duas classes aqueles menores de 18 anos: quem está abaixo de 16 (dezesseis) anos é considerado absolutamente incapaz de exercer os atos da vida civil e aqueles que estão entre 16 e 18 anos incompletos são considerados relativamente incapazes (artigos 3º e 4° do CC).

Dessa forma, ao reduzir de 21 para 18 anos a capacidade civil, iniciou-se a discussão com relação aos efeitos do Novo Código Civil no Direito Penal e Processual Penal.A primeira controvérsia diz respeito à atenuante genérica disposta no artigo 65, I, do Código Penal, ou seja, teria o artigo 5° do Novo Código Civil revogado a circunstância atenuante da menoridade relativa que determina a diminuição da pena para a hipótese de o réu ser menor de 21 anos na data do fato? Dúvida também paira sobre o artigo 115 do Código Penal que determina a redução da prescrição pela metade quando o acusado é, ao tempo do crime, menor de 21 anos.

Na grande maioria a doutrina se posiciona no sentido de que a redução da menoridade civil não revogou tais dispositivos, justificando que nosso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ordenamento não admite interpretação extensiva que prejudique o réu (FONSECA, 2006).

Fazendo uma análise histórica da legislação penal, podemos observar que a menoridade, como atenuante genérica, sempre foi fixada no limite de 21 anos e, portanto, conclui-se que a atenuante genérica da menoridade não foi instituída em nosso ordenamento tendo como base a figura da maioridade civil, de modo que se constitui em um dispositivo totalmente autônomo em relação à legislação civil, o que implica dizer que, de modo algum, o artigo supracitado deva sofrer alteração com a redução da maioridade civil (PIERANGELI, 2004).

Nesse contexto legal, hoje a maioridade penal no Brasil ocorre aos 18 anos, de acordo com o artigo 228 da Constituição Federal de 1988, reforçado pelo artigo 27 do Código Penal e 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Imputável é aquele a quem se pode atribuir responsabilidade por algo, contudo nosso ordenamento não traz explicitamente o conceito de imputabilidade penal, sendo necessário recorrer ao artigo 26 do Código Penal em que são mostradas as situações nas quais não há imputabilidade para, de modo indireto, chegarmos a um conceito.

A inimputabilidade prevista no artigo supracitado é definida como a impossibilidade de compreensão do caráter ilícito da conduta pelo indivíduo que a prática. Podem-se observar os ensinamentos de Nucci em seu Manual de Direito Penal (2007, p. 287) ao definir a imputabilidade: "[...] é o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento".

Dessa forma, a consciência da ilicitude é fundamental para a determinação da imputabilidade. É preciso que o agente saiba que seus atos são ilícitos ou que deveria agir de forma diversa.

Importante ressaltar a diferença entre imputabilidade penal e responsabilidade penal, pois, enquanto a primeira presta-se a atribuir um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

determinado fato a alguém, a segunda objetiva obrigar alguém a reparar um dano ou ser submetido a uma determinada sanção em razão de seu ato. Ao agente que pratica um ato ilícito será imputado um crime, e a responsabilização penal se dará através das penas.

Vejamos o que dispõe o art. 26 do Código Penal:

> **Art. 26 -** É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
>
> **Parágrafo único** - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Entende-se por doença mental toda manifestação patológica, de caráter orgânico, funcional ou psíquico, eventual ou constante, que gere incapacidade psicológica do agente de entender o caráter ilícito do fato ou de agir conforme esse entendimento. Assim, levando em consideração a possibilidade de ser eventual e de basear-se no afastamento do discernimento, o conceito jurídico de doença mental abarca estados que não são propriamente doenças mentais como, por exemplo, o delírio febril e o desmaio (AFONSO, 2008).

Vale ressaltar que o simples fato de existir a enfermidade não é suficiente para tornar o agente inimputável. É necessário que esta cause vício no entendimento ou na vontade do agente, no momento exato da ação ou da omissão.

O desenvolvimento mental incompleto ou retardado também disposto no artigo tratado abarca os menores de 18 anos, os surdos-mudos não educados e os silvícolas inadaptados ao convívio social, assim como os que apresentam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

anormalidades no processo de desenvolvimento mental com defasagem intelectual.

Por fim, a respeito da inimputabilidade, é válido mencionar a hipótese embriaguez acidental completa, ou seja, a intoxicação aguda e temporária ocasionada pelo consumo excessivo de álcool ou substâncias de efeitos análogos, cujos efeitos podem levar ao estado de paralisia e coma (MIRABETE, 2007). Contudo, não basta a ingestão da substância para configuração da inimputabilidade. É preciso que a embriaguez seja completa e seja acidental; resulte de caso fortuito ou de força maior, pois, conforme disposto no art. 28 do CP, a embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, não afasta a imputabilidade. O mesmo entendimento é aplicado para a emoção ou a paixão.

Conforme visto, são inimputáveis os menores de 18 anos, estando estes sujeitos à legislação especial. Assim, por serem o objeto deste estudo, adentraremos suas peculiaridades.

Dispõe o artigo 228 da CF que "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial", texto reproduzido nos artigos 27 do Código Penal e 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, nosso ordenamento jurídico adotou critério puramente biológico para fixação da imputabilidade e não leva em consideração o desenvolvimento mental do menor que, embora possa ser plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, não poderá ser responsabilizado penalmente por suas ações.

Dessa forma, como ensina o doutrinador Mirabete (2007, p. 272):

> Trata-se de um caso de presunção absoluta de inimputabilidade, e, embora não se possa negar que um jovem de menor idade tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atos, não se admite a prova de que era ele, ao tempo da ação ou da omissão, capaz de entendimento e determinação.

Estamos diante de hipótese de presunção absoluta de inimputabilidade, ou seja, nesses casos não será levado em consideração se a criança ou o adolescente tem ou não condições de entender a ilicitude de seu ato nem sua capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em nosso ordenamento os crimes praticados por menores de 18 anos são denominados “atos infracionais” e seus agentes recebem a definição de “adolescentes em conflito com a lei” ou de "menores infratores".

Muito se discute a respeito da aplicação das expressões "menores infratores" e "adolescentes em conflito com a lei", pois alguns defendem que o termo "menores" acaba por discriminar o adolescente, por possuir, nos dias de hoje, cunho pejorativo, enquanto a expressão "adolescente em conflito com a lei", que não consta em nenhum texto legal, serviria para emancipar os jovens e que tal mudança de nomenclatura não promoveria mudança da realidade. Ressalta-se que a expressão "menores" está no artigo 22 do ECA.

Conforme disposição do artigo 103 do ECA, considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal quando realizado pelo menor. Pode-se dizer que o fato atribuído à criança ou ao adolescente, embora se subsuma ao tipo penal, pela circunstância de sua idade, não constitui nem crime nem contravenção penal, mas simples ato infracional.

Em regra, a prova da menoridade se dará através da certidão de nascimento; contudo, na sua ausência, não se descarta a possibilidade de exame pericial especializado para averiguação.

Nos termos do artigo 4º do CP, a inimputabilidade do réu deve ser avaliada ao tempo da ação ou da omissão, sendo inimputável aquele que praticou a conduta antes do 18º aniversário, ainda que a consumação ocorra nesse ou após esse dia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As penalidades previstas para os menores infratores são chamadas de "medidas socioeducativas" e somente são aplicáveis aos adolescentes, ou seja, aqueles com idade entre 12 anos completos e 18 incompletos. Tais medidas estão previstas no artigo 112 do ECA., que dispõe:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
>
> I - advertência;
>
> II - obrigação de reparar o dano;
>
> III - prestação de serviços à comunidade;
>
> IV - liberdade assistida;
>
> V - inserção em regime de semiliberdade;
>
> VI - internação em estabelecimento educacional;
>
> VII - qualquer uma das previstas no Art. 101, I a VI.

Também são consideradas socioeducativas as medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA, quais sejam: encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; acolhimento institucional; inclusão em programa de acolhimento familiar e colocação em família substituta.

Tais medidas de proteção não podem ser compreendidas como castigo ou pena, tampouco se prestam a retirar a responsabilidade jurídica daqueles que estão causando danos à criança e ao adolescente e podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente de acordo com o caso concreto.

À criança que comete ato infracional, em regra, aplicam-se as medidas de proteção, já ao adolescente infrator podem ser cumuladas as medidas socioeducativas com as medidas protetivas ou somente essas últimas, dado ao seu conteúdo pedagógico.

As medidas socioeducativas possuem caráter pedagógico/sancionatório, visando ao mesmo tempo demonstrar que a conduta é inadequada, punir o mau comportamento e oferecer condições efetivas para a superação da vulnerabilidade.

Por fim é necessária a menção ao Instituto da Remissão contido no ECA, cujo próprio nome remete à clemência, perdão, renúncia.

De acordo com o artigo 126 do ECA, a remissão é uma forma de exclusão do processo para apuração do ato infracional. Através de tal medida procura-se, em casos especiais, evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento apuratório. A remissão por exclusão do processo restringe-se aos casos nos quais a infração não é grave, quando o menor não apresenta antecedentes e quando a família, a escola ou outras instituições de controle social já tiverem reagido de forma adequada e construtiva.

Dessa forma, os atos infracionais leves, atribuídos aos menores primários, marcados pela previsão de dificuldades na coleta da prova, cujo resultado, além de incerto, culminará em mera advertência, podem ser remidos pelo representante do Ministério Público, a quem cabe, por força dos artigos 180, II e 201, I, do ECA, conceder a remissão, podendo incluir a aplicação de qualquer das medidas previstas na lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e internação.

É inegável que na sociedade moderna, tendo em vista principalmente a facilidade de acesso à informação, cada vez mais cedo nossos jovens passam a compreender o que é certo ou errado e as consequências que seus atos podem ter, trazendo à tona a discussão a respeito da idade correta para os responsabilizarmos por suas escolhas.

Com o crescente número de adolescentes cometendo crimes que já não se limitam a pequenos delitos, abrangendo crimes cada vez mais graves, incluindo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aqueles considerados hediondos, somos levados a crer que o sistema correcional brasileiro não está cumprindo sua função e carece de reformas. Mas seria a redução da maioridade a solução para esses problemas?

A conduta da criança ou do adolescente é fruto do contexto social no qual ela está inserida, sendo de grande importância o papel da família, do Estado e da sociedade na formação de seu caráter e nas suas escolhas.

Atualmente as alarmantes estatísticas relativas à criminalidade cometida por jovens abaixo dos 18 anos, principalmente nos grandes centros urbanos, podem ser atribuídas não só às dificuldades de sobrevivência como também à ausência do Estado nas áreas da educação, da saúde, da habitação, à família que não tem se preocupado com a formação psicológica e moral de seus jovens e à sociedade como um todo que tem fechado os olhos para as omissões do Estado e não se impõe enquanto agente regulador.

Dentro do debate a respeito da redução ou não da maioridade penal brasileira é possível identificar argumentos favoráveis e contrário.

Aqueles contrários à redução da idade mínima para imputabilidade penal argumentam que com a redução da maioridade penal as crianças e adolescentes seriam consequentemente incluídas em nosso sistema presidiário atual, que sabidamente é superlotado e não tem cumprido seu papel correcional e de reinserção, mas, sim, propiciado maior acesso ao crime. Assim, não haveria redução da criminalidade, mas piora no comportamento desses jovens (SÁ; OLIVEIRA, 2008).

Somado a isso, afirmam que ter mais acesso à informação não significa necessariamente mais maturidade e que crianças e adolescentes, que ainda estão em fase de formação de caráter e personalidade, são, portanto, mais suscetíveis aos maus exemplos encontrados no sistema penitenciário, especialmente por ser este inadequado às suas necessidades de pessoa em desenvolvimento e incapaz de propiciar a pretendida ressocialização.

Argumenta-se que punir os jovens com penas em vez de medidas socioeducativas não diminuiria a criminalidade devido ao medo que esses menores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

teriam do sistema, uma vez que este não cumpre sua função intimidadora e a cadeia não se mostra como punição suficiente para coibir nem mesmo os adultos. Além do mais a maioria dos jovens infratores se envolve com o crime exatamente por não ter perspectiva de uma vida melhor ou de opções melhores. Assim, as punições mais severas não surtiriam efeito, posto que só amedrontam e impedem o crime quando existe a preocupação de lhe ser retirada a liberdade, e essas pessoas sem perspectiva geralmente não têm medo nem mesmo da morte.

Outro argumento utilizado pelos defensores dessa corrente é que os maiores que se valem de crianças e adolescentes para a prática de crimes recrutariam jovens ainda mais novos, valendo-se da inimputabilidade que persistirá. O problema da violência não seria resolvido, apenas transferido para um grupo ainda mais vulnerável. Acreditam, ainda, que a discussão sobre a maioridade penal desvia o foco das verdadeiras causas da criminalidade cometida por jovens, colocando a culpa no adolescente quando na verdade deve ser atribuída a questões como a desigualdade e exclusão social, à impunidade presente em diversos setores, a falhas na educação familiar e escolar, aos escassos ensinamentos morais e éticos e a processos culturais de nossa sociedade como individualismo e consumismo (SÁ; OLIVEIRA, 2008).

Como justificativa principal que impossibilitaria a redução da maioridade penal, está a Constituição Federal em seu artigo 228 que é entendido como um direito e garantia fundamental e, sendo assim, inclui-se no rol das cláusulas pétreas e, portanto, não admite emendas que busquem abolir tais direitos e garantias individuais, nos termos do artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal.

Defendem ainda que a Constituição está em conformidade com o art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e com o tratado internacional do Pacto de São José da Costa Rica, o qual promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1989, aderido pelo Brasil e que impede também qualquer alteração do texto constitucional brasileiro nesse sentido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para essa corrente, o Estado, poder público, família e sociedade são constitucionalmente responsáveis por garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente e não podem, para cobrir as falhas e faltas do sistema, reduzir a maioridade penal. Acreditam que a solução da questão não está nesse ponto, mas, sim, na revisão do processo de execução das medidas aplicadas aos menores, que é completamente falho.

Já os defensores da redução da maioridade evidenciam que, com a evolução da sociedade, da educação e dos meios de comunicação, que ampliaram o acesso à informação e possibilitaram o desenvolvimento cada vez mais precoce de nossos jovens, não estamos mais diante do mesmo menor ingênuo de meados do século XX, tutelado pelo Código Penal de 1940.

Cada vez mais a ingenuidade inerente à infância e à adolescência vem sendo mitigada. As crianças e adolescentes vulneráveis a essa excessiva exposição tornam-se cada vez mais cedo pessoas capazes de entender a diferença entre certo e errado e as consequências de seus atos, devendo ser, portanto, suscetíveis às sanções de ordem penal, uma vez que possuem plena capacidade de discernimento, sabem e conseguem determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assim, para os defensores dessa corrente, com a inimputabilidade penal fixada para os menores de 18 anos, cria-se no agente infrator uma ideia de impunidade que reforça sua conduta e o estimula a continuar agindo de forma contrária à lei. Desse modo, além de possuírem plena convicção de que o ato que praticam é criminoso, eles se utilizam, conscientemente, dessa menoridade para a prática de crimes.

Ressalta-se também que o menor, devido à inimputabilidade que lhe é atribuída pela lei, é aliciado por adultos para a prática do crime ou mesmo assumem a autoria do delito cometido por maiores. A menoridade penal tem funcionado como escudo que possibilita e facilita o crime, gerando impunibilidade de verdadeiros criminosos.

Outro forte argumento utilizado pelos doutrinadores é o do reconhecimento pelo legislador-constituinte de lucidez e discernimento dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

maiores de 16 e menores de 18 anos para tomada de decisões ao lhes conferir capacidade eleitoral, conforme o artigo 14, §1º, inciso II, alínea c, da CF. De acordo com o disposto na Constituição, entre 16 e 18 anos, todos estão aptos a votar em candidatos para qualquer cargo público eletivo (vereador, prefeito, deputado estadual, deputado federal, senador e Presidente da República), ou seja, o legislador entendeu que tais adolescentes são dotados de discernimento suficiente para opinarem na vida política de seu país.

Desse modo, se a Constituição Federal considera o menor de 18 e maior de 16 anos inimputável, como pode, por outro lado, permitir-lhe exercer o direito ao voto, distinguindo, portanto, a maioridade penal da maioridade eleitoral, sendo que ambas baseiam-se no entendimento do adolescente acerca do mundo a seu redor?

Assim, alegam que essa realidade fática, pela qual se vê um jovem menor de 18 anos ter maturidade suficiente para votar, trabalhar, matar, roubar, traficar, impõe revisão do preceito constitucional atinente à maioridade penal, pois deveriam ter que responder por seus atos como qualquer adulto.

Com relação à incompatibilidade constitucional de tal alteração, sustentam que os direitos e as garantias individuais protegidos pelo art. 60, §4º da CF estão contemplados apenas no art. 5º da CF e entre estes não se encontra nenhum que trate da inimputabilidade do menor de 18 anos. Tal temática está no capítulo concernente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, temas que, devido à dinamicidade social, evoluem de acordo com as mudanças dos valores da sociedade. Dessa forma, não se poderia falar em cláusula pétrea para a maioridade penal.

Quanto à alegada incompatibilidade com tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, argumentam que a Convenção sobre os Direitos da Criança, da Assembleia Geral da ONU, e o Pacto de São José da Costa Rica, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao contrário do que alegam os defensores da manutenção do texto constitucional, em nenhum momento prescrevem que a maioridade penal deva ocorrer apenas aos 18 anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Esses são alguns dos argumentos utilizados por aqueles que se posicionam favoravelmente à redução da maioridade penal.

Diante dessa realidade e na tentativa de frear a criminalidade, surgiram as propostas de redução da maioridade penal no Brasil para tornar imputáveis os jovens mais cedo, o que ascendeu o debate acerca da efetividade, viabilidade e constitucionalidade da alteração.

A discussão acerca da redução da maioridade penal não é recente e, ao longo dos anos, muitos foram os projetos de emenda à Constituição relativos ao tema. O Poder Legislativo, muito influenciado pelo clamor público, de tempos em tempos reacendem o debate com a apresentação de novos projetos. Argumenta-se que a alteração dos dispositivos constitucionais combateria a violência, mas esse entendimento não é unânime, conforme expusemos anteriormente. Muito se crítica essa postura, pois nenhuma proposta efetiva para recuperar o nosso sistema penitenciário foi apresentada nem mesmo para revisar a execução das medidas socioeducativas. As propostas, como veremos no decorrer deste capitulo, baseavam-se na simples redução da maioridade penal, como se isso fosse suficiente por si só para combater a violência.

A primeira proposta de Emenda Constitucional relativa à redução da maioridade penal foi apresentada em 19 de agosto de 1993 pelo deputado Benedito Domingos e pretendia a reforma do art. 228 da Constituição Federal, que passaria a atribuir responsabilidade criminal aos maiores de 16 anos.

O deputado justificava sua proposta alegando que existe grande diferença entre o desenvolvimento mental do jovem tutelado pelo Código Penal de 1940 e o jovem atual que, devido ao volume de informações ao qual está submetido, adquire discernimento do que é certo e errado cada vez mais cedo. Afirmava ainda que a legislação atual não contém medidas punitivas, mas tão somente as socioeducativas, que por si só não são suficientes para coibir crime e responsabilizar os adolescentes, e suscitava a contradição legislativa, pois apesar da maioridade civil aos 21 anos, à época da proposta, permitia-se o casamento e direitos eleitorais aos 16 anos, contrato de trabalho aos 14 anos, tudo isso baseado na capacidade de

entendimento do mundo que esses jovens detêm. Argumentava também que adolescentes menores de 18 anos cometem a maioria dos crimes, sendo muitas vezes utilizados por adultos que visam à impunidade revestida de inimputabilidade. Assim, pretendia dar aos jovens direitos e responsabilidade. A proposta foi arquivada.

Em função de um crime envolvendo dois adolescentes (um de 15 anos e outro de 17), ocorrido no dia 23 de janeiro de 1996, em Goiânia, a deputada Nair Xavier Lobo apresentou a PEC nº 426 dizendo: "O crime chocou o país, não pelo fato do homicídio em si, uma vez que é tão rotineiro em nosso pobre Brasil, mas pela indiferença dos homicidas que, após a prática, foram passear com três garotas no carro da vítima" (CAMPOS, 2006).

Ao ser questionada sobre o fato de o art. 228 conter ou não cláusula pétrea, Nair Xavier respondeu que a idade penal aos 18 anos não faz parte dos direitos e garantias individuais "nos termos do § 2º, artigo 5º da Constituição Federal. Aduziu que nos Estados Unidos da América e Inglaterra aplicam-se penas até para "crianças de sete ou oito anos de idade". Esse argumento não havia aparecido em outras PECs até o momento, mas foi uma das questões mais abordadas pelos deputados nas proposições posteriores. Para reforçar seus argumentos, a deputada utiliza a tendência mundial da menoridade penal aos 16 anos e cita o livro "O menor infrator" de Mauvert L. da C. Paranaguá, no qual é exposto que há pelo menos 28 países utilizando 16 anos como idade fixa de responsabilização penal. Tal proposta também foi arquivada.

A PEC nº 20 de 1999, proposta pelo senador José Roberto Arruda, pretendia a alteração do art. 228 da CF, que passaria a vigorar com um parágrafo único de seguinte redação:

> Art. 228. (...)
>
> Parágrafo único. Nos casos de crime contra a vida ou o patrimônio cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, são penalmente inimputáveis apenas os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A referida proposta se baseia no argumento de que, no direito brasileiro, a presunção legal da inimputabilidade fundamenta-se na capacidade de entendimento do ato ilícito e na capacidade de determinação de acordo com esse entendimento. Assim, seria equivocada a fixação em 18 anos para limitar a imputabilidade, pois na maioria das vezes um adolescente entre 16 e 18 anos tem pleno entendimento de que sua conduta é contrária à lei. Alegava-se que é notório que na sociedade atual estamos expostos a diversos fatores que contribuiriam para o amadurecimento precoce de nossos jovens e argumentava, ainda, que menores são usados pelos criminosos adultos para a prática de delitos e para assumirem a autoria dos crimes praticados por maiores, pois são inimputáveis. Esta PEC também foi arquivada.

Foi apresentada, no dia 25 de novembro de 1999 e, posteriormente, apensada à PEC 171/1993, a PEC de autoria do deputado Nelo Rodolfo (PMDB-SP) que recebeu o nº 169. Esse deputado propôs inimputabilidade penal apenas até os 14 anos. Baseia-se basicamente nos altos índices de criminalidade e violência de nosso país, que assolam as mais diversas regiões. O deputado responsável pela proposta afirmava que, ao praticarem crimes, os adolescentes entre 14 e 18 anos já possuem consciência dos seus atos, sabendo da lesividade e ilicitude de suas ações, sem, contudo, serem devidamente punidos quando praticam atos ilícitos. Ele também comparou a legislação brasileira às demais legislações mundiais que utilizam limites etários inferiores a 14 anos de idade, aduzindo que a realidade atual é diferente daquela à época da promulgação do Código Penal e, portanto, deveria haver uma reforma capaz de adequá-lo à atualidade. A referida proposta, como as demais, foi arquivada.

Proposta pelo senador Magno Malta, a PEC n° 90/93 visava a uma alteração ainda mais drástica na maioridade penal, através da inclusão do parágrafo único no art. 228 da Constituição Federal, que considerava penalmente imputáveis os maiores de 13 anos que tivessem praticado crimes definidos como hediondos. A referida proposta leva em consideração a possibilidade de o menor cometer crimes hediondos, pois, se este for capaz de tal atrocidade, não deveria ser beneficiado pela

inimputabilidade, uma vez que não haveria de se falar em falta de entendimento da gravidade e ilicitude da conduta, além de ser necessário proteger a sociedade. Proposta arquivada.

Em 2004 o senador Papaléo Paes pretendeu acrescentar um parágrafo ao art. 228 da Constituição Federal, determinando que a imputabilidade penal do menor iniciar-se-ia, independentemente da idade, quando ele apresentasse idade psicológica igual ou superior a 18 anos (PEC n° 9/04).

A redação desse parágrafo seria a seguinte:

Art.228. (...)

Parágrafo único. Nos casos de crimes hediondos ou lesão corporal de natureza grave, são imputáveis os menores que apresentem idade psicológica igual ou superior a dezoito anos, sendo capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Novamente a PEC se baseava no aumento da criminalidade praticada por menores, atribuída basicamente à evolução dos meios de comunicação e ao desenvolvimento psicológico precoce dos jovens atualmente, tornando-o plenamente capaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta. Tal proposta foi arquivada ao final da legislatura.

Outras PECs forma propostas (PEC 74/2011, PEC 893/2011, PEC 33/2012) e o tema recorrente mente volta a ser debatido.

Cabe aqui menção ao Projeto de Decreto Legislativo PDS539/2012, de autoria do senador Ivo Cassol (PMDB-RO), que convocou plebiscito sobre o assunto, a ser feito junto com as eleições gerais de 2014. O senador argumenta que a redução da maioridade penal é tema polêmico e frequente na sociedade, mas que tem sido protelado pelo Congresso Nacional. Assim o plebiscito permitiria um debate amplo e significativo, com repercussão em todos os setores da sociedade. Contudo, o projeto foi arquivado ao final da legislatura, em 21/12/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É nítido que são muitos os defensores da redução da maioridade penal, tanto que, conforme demonstramos acima, nos últimos 20 anos tivemos diversos Projetos de Emenda à Constituição.

Contudo, faz-se necessário discutirmos o grande argumento sustentado pelos que defendem a manutenção da maioridade penal nos moldes fixados pela legislação atual, qual seja: seria a maioridade penal contida no art. 228 da CF cláusula pétrea da Constituição Federal? Ou seja, poderia ou não ser alvo de Proposta de Emenda Constitucional? E, para alterar tal dispositivo, seria necessária a elaboração de uma nova Carta Magna?

A Constituição é a lei suprema e, portanto, deve ser obedecida e respeitada por todos. É resultante do Poder Constituinte, atribuído ao povo, de modo que será Originário quando responsável pela criação de uma nova Constituição e Derivado quando dotado do poder de reformá-la.

Assim, visando protegê-la e garantir sua eficácia, o Poder Constituinte Originário, o qual é ilimitado, estabeleceu, no próprio texto da Constituição, os limites da atividade reformadora, os quais se expressam de duas formas: através do processo legislativo necessário para emendar a Constituição e das cláusulas pétreas, que são alguns dispositivos que não podem ser suprimidos.

Dessa forma, as cláusulas pétreas são as limitações materiais ao poder constituinte derivado, ou seja, normas que o poder constituinte originário entendeu que deveriam receber um tratamento especial, devido à sua importância para a manutenção do Estado (CATANA, 2007). São elas que auxiliam o cidadão e lhe asseguram os direitos básicos, pois sem elas haveria insegurança jurídica e social. Essas normas que, via de regra, são direitos fundamentais e sociais, estão protegidas pelo art. 60 da Constituição Federal.

As cláusulas pétreas explícitas estão elencadas no art. 60, §4º, da Constituição Federal e, como dito anteriormente, não podem ser objeto de Proposta de Emenda tendente a aboli-las. Contudo, para grande parte da doutrina existem cláusulas pétreas implícitas espalhadas no corpo da Constituição, pois o rol do art. 60, §4º da CF não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

As cláusulas pétreas podem ser alteradas por meio de emendas, somente não podem ser abolidas. Desse modo, é possível uma emenda para melhorar o texto constitucional vigente referente às cláusulas pétreas, mas nunca tendente a abolir tais garantias. A esse respeito o Supremo Tribunal Federal tem entendido que as modificações somente poderão servir para ampliar o espectro protegido.

Conforme se sabe, existem emendas aditivas, restritivas e extintivas. Na visão da melhor Doutrina, como já salientado, as cláusulas pétreas podem ser objeto de Emenda Constitucional, isso é pacífico, desde que sejam aditivas, mas nunca extintas ou restritivas.

Nesse cenário, parte da Doutrina contrária à redução da maioridade penal alega que o tema não pode ser objeto de deliberação por parte do Poder Legislativo por ser cláusula pétrea, imutável, assim como os demais direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF.

Ao considerar que a maioridade penal é uma cláusula pétrea, entende-se que ela é uma garantia individual do cidadão e se encontra protegida pelo art. 60 da CF.

Kist e Molin (2007), em seu artigo "A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal", afirmam que o art. 227 da Constituição positivou uma série de direitos fundamentais da pessoa em desenvolvimento que prevê tratamento especial para crianças e adolescentes no campo criminal, instituindo legislação especial, preconizada no art. 228 da Constituição Federal, tratando de matérias que constituem direitos e garantias fundamentais, protegidas e imutáveis por força do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF.

Ainda segundo tais autores, o legislador constituinte afirma com isso a Doutrina da Proteção Integral para as crianças e adolescentes para contrapor a "Doutrina da Situação Irregular", instituída no Código de Menores de 1979.

A esse respeito Velásquez (2005) diz que "além dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, às crianças e adolescentes foram conferidos outros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direitos fundamentais, tal como a inimputabilidade penal e o direito à convivência familiar e comunitária".

Os defensores da posição contrária, como Cláudio da Silva Leiria, alegam que, mesmo que fosse cláusula pétrea, a imputabilidade penal aos 18 anos poderia ser alterada, "pois essa espécie de cláusula não poderia vincular indefinidamente as gerações futuras", argumentando que para isso caberia discutir a questão com a sociedade através de plebiscito ou referendo.

Nucci (2007) é outro expoente contrário à tese de cláusula pétrea e diz que não há direitos e garantias fundamentais do homem soltos em outros trechos da Constituição e, por isso, também não há cláusulas pétreas inseridas na impossibilidade de Emenda prevista na Constituição Federal a não ser as dispostas no art. 5º da CF. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já deliberou no sentido contrário dessa visão, admitindo existência de direitos e garantias individuais em outros artigos do texto constitucional.

Já decidiu o STF, no MS-Agr 24667/DF, que "a potencial inconstitucionalidade de querer promover a redução da maioridade fere vários dispositivos constitucionais, ensejando Mandado de Segurança".

É sabido que as mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas possibilitaram o desenvolvimento precoce dos jovens e o incremento da criminalidade cometida por eles, gerando grande debate acerca da adequação da legislação vigente a tal realidade.

O combate ao crime pelo poder público está subordinado à legislação e encontra grande impasse quanto à punibilidade dos menores infratores. Essa camada mais frágil e vulnerável da sociedade, composta por crianças e adolescentes, por estar protegida pela inimputabilidade penal, é cada vez mais introduzida e solicitada nas ações criminosas.

A gravidade dos delitos praticados por menores e o aumento nos índices de violência, principalmente nas grandes cidades, têm acalorado as discussões sobre a redução da maioridade penal em todas as esferas da sociedade. Contudo,

embora tal discussão seja necessária e urgente, não encontra amparo na Constituição Federal.

Os direitos e garantias fundamentais estão espalhados no texto constitucional, não sendo o rol do art. 5º taxativo; portanto, outros direitos esparsos na Constituição enquadram-se nessa classificação e estão protegidos pela imutabilidade contida no art. 60 da CF, consistindo cláusulas pétreas.

Diante disso, por ser o art. 228 da CF um Direito Fundamental das crianças e adolescentes, não pode ser objeto de Emenda Constitucional, e a maioridade penal, fixada em 18 anos, não pode ser matéria de Proposta de Emenda Constitucional.

Uma cláusula pétrea não pode ser alterada para reduzir direitos, portanto, em que pese seja necessária a redução da maioridade, na legislação pátria vigente somente seria possível pela edição de uma nova Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Edinaldo de Araújo. **A redução da maioridade penal**. 2008. Monografia (Grau em Bacharel em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2008.

ARAÚJO, Kleber Martins. **Pela redução da maioridade penal para os 16 anos**. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4578.

BARROS, Guilherme Simões de. **Redução da maioridade penal**. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3161.

BRASIL. Código Criminal do Império do Brazil. In: **Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância (CIESPI)**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html>.

_____. **Código Republicano de 1890**. Disponível em: http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD19g.html.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em <www.presidencia.gov.br/legislacao>.

_____. **Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16272&tipo_norma=DEC&data=19231220&link=s>.

_____. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Disponível em:**

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-norma-pe.html>.

_____. **Decreto n.º 5.083 de 01 de dezembro de 1926**. Institui o Código de Menores. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5083-1-dezembro-1926-503230-publicacaooriginal-1-pl.html.

_____. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>

_____. **Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1004.htm>.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil Brasileiro. Disponível em**:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

_____. **Lei nº 8.069/90.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

_____. Lei n.º 4.242 de 06 de janeiro de 1921. Fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921. In: **Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância (CIESPI)**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.ciespi.org.br/base_legis/baselegis_view.php?id=164.

_____. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Senado Federal do Brasil. **Proposta de Emenda à Constituição nº 20, de 1999**. Mar. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_cod_mate=837>.

_____. Senado Federal do Brasil. **Proposta de Emenda à Constituição nº 90, de 2003.** Nov. 2003. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/11/25112003/38648.pdf>.

_____. Senado Federal do Brasil. **Proposta de Emenda à Constituição nº 9, de 2004**. Mar. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2004/03/16032004/07237.pdf>.

_____. Senado Federal. **Decreto-Lei Federal n° 847/1890**. Disponível em: http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049.

CAMPOS, M. C. **Redução da maioridade penal**: uma análise dos projetos que tramitam na Câmara dos Deputados. Banco de Dados. Marília: Observatório de Segurança Pública – Boas Práticas no Estado de São Paulo (UNESP); FAPESP; 2006. Disponível em: http://observatoriodeseguranca.org/.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CATANA, Thiago Oliveira. **Cláusulas pétreas**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 02 de ago. de 2007. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4022/CLAUSULAS_PETREAS >.

CHAVEZ, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

FONSECA, Mayara Yamada Dias. **A questão da redução da maioridade penal**. 2006. Monografia – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, SP. 2006.

GRECO, R. **Curso de direito penal**: parte geral. 6. ed. v. 1. 2ª tiragem. Niterói: Ed. Impetus, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **A nova maioridade civil**: reflexos penais e processuais penais. Publicado em 04/2003. Elaborado em 01/2003. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/3991/a-nova-maioridade-civil .

JESUS, Damásio Evangelista de. **Reflexos penais e processuais penais do novo código civil**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

JORGE, Éder. **Redução da maioridade penal**. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3374.

KIST, Dario José; MOLIN, Ângela. A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal: ciência e conhecimento. **Revista Eletrônica da Ulbra São Jerônimo**. v. 2, Out. 2007, Direito. Disponível em: <http://www.cienciaeconhecimento.com.br/pdf/vol002_DirA5.pdf>. Acesso em:

LEIRIA, C. S. **Redução da maioridade penal**: por que não? Disponível em: http://www.pontojurídico.com/modules.php?name=Newa&file=article&sid=152-39K. Acesso em:

METYNOSKI, Elizabeth. **Maioridade penal sem hipocrisia**. Disponível em: http://www.giorgiorenanporjustica.org/mapa_mundi.htm.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. **Manual para a mensuração de indicadores de justiça juvenil**. Nova York: Nações Unidas, 1996. Disponível em: http://www.abmp.org.br/UserFiles/File/manual_indicadores_justica_juvenil.pdf.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Maristela Cristina de; SÁ, Marlon Marques de. **Redução da maioridade penal**: uma abordagem jurídica. 2008. Monografia (Especialização em Formulação e Gestão de Políticas Públicas) – Universidade Estadual de Londrina, 2008.

ONU. **Resolução ONU 40/33 de 1985**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de psiquiatria forense civil e penal**. São Paulo: Atheneu, 2003.

PETRY, André. O dilema e o exemplo. **Revista Veja**. São Paulo, ano 39, nº 29, p. 66, 26 jul. 2006.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. 2. ed. **Revista dos Tribunais**. 2004

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. **Maioridade penal**. Brasília: Brasília Jurídica, 2013.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva. 2001.

STF. **MS-AgR 24667**. DF. Disponível em: http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2975404/agregno-mandado-de-seguranca-ms-agr-24667-df.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

STJ. **Súmula nº 74**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0074.htm>.

UNICEF. Mapa Múndi da Maioridade Penal. In: ASSUNÇÃO, José Ribamar da Costa. Responsabilidade social do jovem e maioridade penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1397, 29 abr. 2007. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/9809.

UNICEF. **Old enough to be a criminal?** Disponível em: http://www.unicef.org/pon97/p56a.htm.

VELÁSQUEZ, M. G. **Relatório azul 2005**: garantias e violações dos direitos humanos. Porto Alegre: Corag, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: PEC Nº 6/2019, NO CONTEXTO PREVIDENCIÁRIO ATUAL E A TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA.

EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA, o autor: Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas.

RESUMO: Neste artigo procuramos mostrar ao leitor sobre o setor público e privado ante o formato previdenciário e tributário do País e a PEC nº 6/2019; a administração pública que exorbita de sua competência ao legislar sobre o imposto sobre a renda de pessoa física; os planos PGBL e VGBL da previdência complementar e a tributação do imposto de renda. Nesse contexto discorremos que existe a falta de consciência financeira dos governantes; que não há nenhuma simetria na distribuição das rendas em relação aos valores determinados para fins da aposentadoria e do princípio da progressividade para fins de tributos; há uma extorsão ao contribuinte por parte do Poder Público pela defasagem na correção da tabela do IRPF, por conseguinte as deduções são subavaliadas; a PEC 06//2019, com seus pontos principais e polêmicos, além do ponto sobre a previdência complementar e o regime de capitalização na aposentadoria; planos PGBL e VGBL, Tabela de tributação do imposto de renda progressiva e regressiva; exemplos hipotéticos sobre os rendimentos na previdência privada dos planos PGBL, VGBL e as isenção do IRPF nos casos dos portadores de doenças graves e os respectivos lançamentos nos campos específicos da Declaração do IRPF.

Palavras-chaves: Previdência Complementar. Planos VGBL e PGBL. Tabela de Tributação do Imposto de Renda Progressiva e Regressiva. Isenção do IRPF

concedida aos portadores de doenças graves. Consciência Financeira. Aposentação e Reaposentação. Declaração do Imposto de Renda. Aposentadoria.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Setor público e Privado ante o Formato Previdenciário e Tributário do País e a PEC nº 6/2019. 3. Administração Pública: exorbita de sua competência ao legislar sobre o imposto de renda de pessoa física. 4. Os Planos PGBL e VGBL da Previdência Complementar e a Tributação do Imposto de Renda. Conclusão.

1 – INTRODUÇÃO

Neste trabalho procuramos mostrar ao leitor no contexto em que vivemos que retrata uma herança republicana de um passado onde existiu o domínio do Estado Leviatã, o qual colocou o trabalhador nas amarras da Fazenda Pública, beneficiando aqueles que dominam o poder econômico.

Pois nossa história republicana nos remete à fábula moderna "A Revolução dos Bichos"1, a qual nos mostra como identificar líderes déspotas e regimes opressores, os quais governam por meio de técnicas de alienação e manipulação psicológica da população.

De fato, desde a década de 30 até a presente data fomos governados por regimes ora opressores ora populistas, que buscaram apoio popular ora com intermédio de partidos políticos ou de outros tipos de entidades diante da dualidade pobreza e miséria existente no país, pois o povo é uma figura abstrata.

Além do mais, presenciamos atualmente uma politica de pão e circo (*panen et circenses*), em que o povo se preocupa com alimento e divertimento, aliás, tais fenômenos ocorrem num Brasil onde os governantes nunca acordam no

1 GANDELMAN, Adriana. **Por quê "A Revolução dos Bichos" deveria ser leitura obrigatória em qualquer lugar do mundo?** Disponível em: www.obviousmag.org. Acesso em: 26/2/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

país das maravilhas, o que me faz lembrar da obra infantil "As Aventuras de Alice no País das Maravilhas (*Alice in Wonderland*)"2 de *Charles Lutwidge Dodgson*, publicada em 4/7/1865, sob o pseudônimo de *Lewis Carroll*.

Assim, em decorrência das crises políticas e econômicas, choque de consciência financeira dos órgãos governamentais, as empresas em geral para sobreviverem foram obrigadas a demitir seus empregados utilizando os planos PDV, PAI, bem como as aposentadorias dos mais antigos por meio do Plano de Previdência Complementar.

Com isso, as sociedades empresariais comprometidas com uma política de responsabilidade social, no que diz respeito aos desligamentos dos mais antigos, efetuaram indenizações com objetivo de cobrir as deficiências da aposentadoria pública do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), aliás, somos sabedores de que a PEC 6/2019, da reforma previdenciária, busca num dos pontos da proposta a aposentadoria dos trabalhadores da atividade pública e privada por meio da previdência complementar, além daquela instituída pelo INSS.

Todavia, a proposta da PEC sobre a previdência complementar poderá dar resultado para o setor público onde há instabilidade do emprego no quadro do funcionalismo público; por outro lado, no setor privado, por falta de estabilidade do emprego, o cenário é totalmente adverso ao trabalhador, exceto quando algumas empresas buscam contratar as empresas de previdência complementar para aqueles trabalhadores com mais de 20 (vinte anos) no quadro da empresa.

Entretanto, tanto a instituição financeira quanto a Secretaria da Receita Federal entendem que tais contratações são investimentos financeiros,

2 WIKIPÉDIA. **Alice no País das Maravilhas**. Disponível em: https://www.pt.wikipedia.org. Acesso em: 26/2/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quando na verdade são proventos de aposentadorias que buscam cobrir as deficiências do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS); por essa razão, que a carga tributária é alta para alguns planos.

Por esses motivos, no presente trabalho mostraremos ao leitor no contexto atual que existe a falta de consciência financeira dos governantes, que não há nenhuma simetria na distribuição das rendas em relação aos valores determinados para fins da aposentadoria e do princípio da progressividade para fins de tributos e, no que diz respeito ao imposto de renda, há uma extorsão ao contribuinte por parte do Poder Público pela defasagem na correção da tabela do IRPF, deduções subavaliadas e por editarem normas de cunho fiscalista.

Vale esclarecer que discorremos o item sobre o Imposto de Renda a fim de que o leitor tenha uma melhor compreensão sobre o que está previsto na PEC nº 6/2019, no que diz respeito à previdência complementar e o regime de capitalização na aposentadoria, além dos regimes de tributação dos Planos PGBL e VGBL.

De maneira que a legislação do imposto além de escorchante é complexa; ademais, as regras sobre as instituições da previdência complementar, a tributação e as isenções do imposto de renda requerem uma reflexão por parte do poder tributante.

Vale esclarecer que sobre os rendimentos na previdência complementar necessariamente os poupadores, para uma melhor escolha da instituição financeira, deverão ter conhecimento dos seguintes pontos: planos PGBL e VGBL, Tabela de tributação do imposto de renda progressiva e regressiva, taxa de administração, taxa de rentabilidade, taxa de carregamento, taxa de excedente financeiro, taxa de juros na conversão e taxa tábua atuarial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, sobre o imposto de renda há uma complexidade, de um lado em decorrência das normas conflitantes, de outro, injustas ante as medidas por aqueles que exorbitam de sua competência em legislar em beneficio do poder tributante.

Por essas razões, procuramos mostrar alguns exemplos hipotéticos sobre os rendimentos na previdência complementar dos planos PGBL, VGBL e a isenção do IRPF nos casos dos portadores de doenças graves e os respectivos lançamentos nos campos específicos da Declaração do IRPF.

Diante disso, no caso de aprovação da Reforma da Previdência Social em relação aos planos da previdência complementar, bem como os Títulos de Capitalização é de se questionar: Para que o aposentado não seja lesado quem fiscalizará os planos? O governo ou a própria instituição financeira?

De sorte que podemos exemplificar os pontos principais e polêmicos, a saber: 1 – Pontos principais: a) Regra geral no INSS: idade mínima e tempo de contribuição, b) Regras de transição no INSS; c) Aposentadoria do trabalhador rural; d) Regra de cálculo dos benefícios do INSS; e) Alíquotas de contribuição; f) Servidores públicos; g) Professores, policiais e agentes penitenciários; h) Pensão por morte; i) Assistência social e abono salarial; j) Opção de capitalização para os novos segurados; l) Parlamentares; m) Gatilho: aumento constante da idade mínima. 2 – Pontos polêmicos a) Benefício assistencial ao idoso; b) Fim da multa rescisória e do depósito de 8% do FGTS para aposentados; c) Pensões por morte; d) Alíquotas progressivas para o servidor público.

Todavia, a Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 6/2019 do Presidente da República será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, ou seja, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sendo considerada aprovada caso obtenha três quintos dos votos3 dos membros das respectivas Casas Legislativas.

Em seguida, uma vez aprovada a PEC sobre a deliberação executiva, não haverá participação do Presidente da República, uma vez que o titular do poder constituinte reformador é o Poder Legislativo4, por essa razão, não haverá necessidade de sanção ou veto, com isso a fase complementar seguirá para promulgação e publicação.

Diante dos procedimentos para sua aprovação, a referida PEC poderá ser alterada nos pontos polêmicos amplamente mencionados ou em outros que não sejam aprovados pelas Casas Legislativas.

Enfim, a Reforma da Previdência, ou seja, a PEC nº 6/2019, possui 12 (doze) pontos principais e 4 (quatro) pontos polêmicos, conforme mencionados anteriormente, mas vamos nos ater no núcleo do tema do nosso trabalho; entretanto, é importante que o leitor busque informações sobre a referida PEC, por meio dos canais de comunicação.

2 – SETOR PÚBLICO E PRIVADO ANTE O FORMATO PREVIDENCIÁRIO E TRIBUTÁRIO DO PAÍS E A PEC Nº 6/2019

No presente trabalho o leitor poderá observar que nas classes sociais5 por faixas de salário-mínimo, as classes C, D e E estão na parte intermediária e na base da pirâmide, correspondente até 10 (dez) salários-mínimos. Diante disso, observar-se-á que a classe E, que é a base da pirâmide, corresponde até 2 (dois)

3 ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel, 19ª ed.** São Paulo: Rideel, 2014, p. 43.

4 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional 13. ed**. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 542-547.

5 CARNEIRO, Thiago Rodrigo Alves. **Faixas Salariais x Classe Social – Qual a sua classe social?** Disponível em: https://www.thiagorodrigo.com.br. Acesso em: 11/3/2019.

salários-mínimos e a classe D, de 2 a 4 salários-mínimos, jamais irão aposentar-se com o teto máximo para fins de aposentadoria.

Por sua vez, apenas a classe C de 4 a 10 salários-mínimos atingem o teto máximo para fins de aposentadoria do INSS, que é de R$ 5.839,45(cinco mil e oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos), que provavelmente poderão aposentar-se com o teto máximo para fins de aposentadoria.

Aliás, caso o trabalhador tenha contribuído com 11% (onze por cento) do valor do teto máximo pelo menos 80% (oitenta por cento) da sua vida ativa, isto é, caso não tenha mudado de classe social, descendo da pirâmide como se desce de um tobogã, por exemplo, da classe C para classe D, por motivo de crises econômicas, demissões, falta de planos de carreiras, entre outros.

Por sua vez, o artigo do BNDES6 mostra o modelo previdenciário existente no Brasil, senão vejamos:

> O modelo utilizado neste artigo projeta de forma desagregada o estoque de pessoas que recebem diferentes tipos de benefícios previdenciários do Regime Geral da Previdência Social: aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, benefício assistencial para idosos, benefício assistencial para deficientes, auxílio-doença, auxílios acidentários, auxílio por invalidez e pensão por morte. As projeções para a aposentadoria por idade são decompostas entre urbano e rural, e para aposentadorias por tempo de contribuição, entre urbano – professor e não professor – e rural. Todos os benefícios também são decompostos por

6 BNDES. **Reforma previdenciária em 2019: elementos para tomada de decisão**. Disponível em: https://web.bndes.gov.br. Acesso em 24 de março de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> idade e gênero. O modelo também projeta o valor médio de cada benefício descrito anteriormente. As projeções de gastos previdenciários, por sua vez, são construídas segundo a multiplicação dos estoques de beneficiários – efeito quantidade – pelo valor médio dos benefícios – efeito preço no cenário-base e nos diversos cenários de reforma. Também é levado em consideração um elemento adicional que reflete o fato de o valor médio das aposentadorias dos novos entrantes ser superior ao valor médio das aposentadorias daqueles que deixam de receber o benefício. É importante destacar que consideramos em todos os cenários que o salário-mínimo passa a ser vinculado ao INPC a partir de 2020, permitindo que sejam isoladas nas simulações apenas as questões previdenciárias. Em função da escassez de dados, não é contemplado nas simulações o regime próprio da previdência social.

Por outro lado, com base no princípio da progressividade do Imposto de Renda, o governo dispensa a entrega da declaração de quem recebeu rendimentos tributáveis até R$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos), ou seja, pelas classes sociais por faixas de salários-mínimos, conforme o IBGE, o referido valor alcança as classes de A até E, cuja classe social A, que está no topo da pirâmide, representa acima de 20 salários-mínimos.

Por isso, percebe-se que não há nenhum sincronismo entre Tabela Progressiva Mensal do IRPF em relação à Tabela Progressiva de Contribuição Mensal do INSS em relação à realidade social, conforme as faixas salariais x classe social, conforme critérios adotados pela Associação brasileira das Empresas de Pesquisa (ABEP) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), enfim, tal

sincronismo busca simetria com o consistente equilíbrio financeiro pessoal ou familiar indispensável por meio de uma consciência financeira.

Além do mais, aqueles executivos, entre outros trabalhadores das empresas privadas que recebem ou receberam salários acima de 20 salários-mínimos ou mais, ficarão fadados no fim da vida à pobreza, caso não recebam pelo menos o teto máximo para fins de aposentadoria do INSS, que é de R$ 5.839,45(cinco mil e oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos), diga-se, o pior após terem durante muitos anos enriquecidos os Cofres Públicos com pagamento do INSS e do IRPF.

O primeiro, com rombo pela falta de fiscalização do governo dos seus gastos, já o segundo com o bolo tributário cada vez maior, por falta de consciência financeira quando presenciamos no imposto de renda uma extorsão ao contribuinte por parte do Poder Público pela defasagem na correção da tabela do IRPF, deduções subavaliadas e por editarem normas de cunho fiscalista.

Por essas razões, conforme mostraremos neste trabalho, a falta de sincronismo ocasiona uma extorsão financeira ao trabalhador, prejudicando a qualidade de vida dele, tais como: físico, emocional, social, profissional, intelectual e espiritual, pois aquele trabalhador assalariado que teve um padrão de vida com salário superior ao teto máximo do INSS, aliás, que não é parâmetro sobre os rendimentos por classes sociais dos trabalhadores, ao aposentar-se não receberá um prêmio pelo que ele contribuiu para o país e sim um castigo.

Tais tabelas não possuem nenhum sincronismo no que diz respeito aos princípios da progressividade em relação às faixas de salários e respectivas alíquotas de incidência para fins de cálculo da contribuição a ser paga ao INSS, com a Tabela Progressiva Mensal de incidência do IRRF, tampouco com o mercado de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nas tabelas progressivas atuais com vigência em 2019, por exemplo, na última faixa da tabela mensal do INSS para fins de incidência da Contribuição da Previdência Social para segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, constam os valores de R$ 2.919,73 até R$ 5.839,45, cuja alíquota para fins de recolhimento é de 11%.

Por sua vez, na tabela progressiva mensal, para fins de recolhimento do Imposto de Renda divulgada pela Secretaria da Receita Federal, com base na Lei nº 13.149/2015, consta para fins de base de cálculo na última faixa o valor de R$ 4.664,68, cuja alíquota para fins de recolhimento é de 27,5%, com a parcela a deduzir do IR o valor de R$ 869,36.

Assim, o leitor poderá observar que o trabalhador fica sujeito às amarras de um procedimento para fins de cálculo do IR, INSS e limite de valor a ser pago na aposentadoria administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, que entendemos não ter nenhum sincronismo. Este nos traz a simetria, que se não existir haverá uma interposição e choque de uma consciência financeira7 a qual é baseada em harmonia.

Ora, a falta de sincronismo a que nos referimos é visível e financeiramente extorsiva, ocasionando prejuízo ao trabalhador e, em contrapartida, beneficiando os Cofres Públicos, ou seja, o trabalhador a fim de aposentar-se com o teto máximo do INSS /2019.

Consequentemente, ressaltamos mais uma vez, para que os trabalhadores que transitam nas mencionadas classes sociais venham atingir o teto

7 CAMPOS, Fernando. **Consciência Financeira**. Disponível em: https://books.google.com.br. Acesso em: 16 de setembro de 2017.

máximo8 para fins de aposentadoria do INSS, que é de R$ 5.839,45 (cinco mil e oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos), deverão os mesmos ser taxados com percentual de 11% (onze por cento) do valor do referido teto durante pelo menos 80% da sua vida ativa.

Por essa razão, nosso entendimento é que o empregado de uma sociedade empresarial trabalha a vida toda para aumentar a arrecadação tributária dos Cofres Públicos, pois, quando na ativa, se por acaso ele venha a receber um salário acima de R$ 4.664,68, o mesmo será onerado pelo pagamento do IR, por isso, terá uma retenção calculada pelo percentual de 27,5%, com uma parcela a deduzir do imposto a pagar de R$ 869,36.

Por sua vez, como aposentado ele ficará condicionado a receber o teto máximo de R$ 5.839,45, caso o trabalhador, conforme mencionamos, tenha contribuído com 11% do valor do referido teto durante pelo menos 80% da sua vida ativa.

Não obstante, o formato atual da previdência social requer mudanças que venham beneficiar os aposentados, todavia, a Reforma da Previdência Social, a PEC nº 6/2019, vem na contramão pelo fato de não beneficiar o aposentado.

Pois, se a sistemática explicitada neste trabalho não é boa, além do mais, com a PEC, serão pelo menos 40 (quarenta) anos para o trabalhador ter o direito à aposentadoria a fim de receber o benefício integral, este será reduzido substancialmente.

8 BRASIL. INSS, blog. **Teto Máximo INSS 2019: Qual é o valor? Como conseguir?** Disponível em: https://inss.blog.br. Acesso em: 25 de março de 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, Jeanne Vargas, citada por Martha Imenes9, entende que:

> Pelas regras atuais, a aposentadoria dos trabalhadores do setor privado - vinculados ao INSS - é calculada a partir da média dos 80% maiores salários de contribuição desde 1994, início do Plano Real. "As remunerações mais baixas são excluídas dessa média. E isso automaticamente eleva a média salarial", explica Jeanne Vargas, do escritório Vargas e Navarro Advogados Associados.
>
> Mas se a PEC 6 for aprovada, como quer o governo Bolsonaro, o cálculo será feito a partir da média de todos os salários de contribuição desde julho de 1994. Com isso, os salários mais baixos também serão considerados. E quanto menores as remunerações, mais baixa ficará a média. A aposentadoria integral será no valor dessa média - inferior, portanto, ao benefício que o mesmo trabalhador teria pelas regras atuais.
>
> "É a partir dessa média que será definido o valor da aposentadoria. Caso o segurado tenha direito ao benefício integral, ele será idêntico a essa média", explica Jeanne Vargas.

Ainda, Martha Imenes, no seu artigo menciona que especialista explica cálculo que faz os valores baixarem10, senão vejamos:

9 IMENES, Martha. **Reforma da previdência reduz o valor da aposentadoria**, publicado em 14 de abril de 2019. Disponível em: https://odia.ig.com.br. Acesso em: 14/4/2019.

10IMENES, Martha. **Reforma da previdência reduz o valor da aposentadoria**, publicado em 14 de abril de 2019. Disponível em: https://odia.ig.com.br. Acesso em: 14/4/2019.

Há outros casos em que o valor também é reduzido, explica Jeanne Vargas. "Uma mulher com 60 anos de idade e 20 de contribuição que tenha 80% dos seus maiores salários contribuição o montante de R$ 3.500 e dê entrada na aposentadoria. O INSS vai pegar esse valor e aplicar o coeficiente de 90%. O que daria um benefício de R$ 3.150", exemplifica Jeanne. A especialista explica que na aposentadoria por idade, a cada grupo de 12 meses o segurado ganha 1%. Como a segurada trabalhou 20 anos, ela tem 20 grupos de 12. Ou seja, 20% que será somado a 70%, que é o ponto de partida para o cálculo do benefício hoje em dia.

Mas se a reforma for aprovada no Congresso essa trabalhadora teria seu benefício reduzido em 42,86%. Isso ocorreria porque já no cálculo da média inicial, o salário contribuição despencaria de R$ 3.500 (80% das maiores contribuições) para R$ 3.000 (100% da média), uma queda de 11,43%. Quando aplicado o coeficiente a coisa complicaria mais ainda.

Além de partir de 60% e não 70% como é hoje em dia, a regra só permite acrescentar 2% por ano que exceder o tempo mínimo de 20 anos de trabalho. Com isso seria aplicado somente 60% sobre o valor. "O valor da aposentadoria seria de apenas R$ 1.800", informa Jeanne.

Além disso, atualmente sobre a contribuição para previdência social, o trabalhador quando estiver exercendo ou voltar a exercer atividade empregatícia, em seu contracheque o valor da referida contribuição será retido, bem como descontado pela fonte pagadora. Aliás, tal contribuição pela PEC nº

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6/2019 será revogada, isto é, extinta para o aposentado que mantenha vinculo de emprego.

Assim, com o modelo atual da previdência social o trabalhador ao aposentar-se será penalizado no fim de sua vida, fugindo totalmente dos padrões de vida quando estava na atividade; entretanto, aquelas sociedades empresárias que adotaram o Plano de Demissão Voluntária (PDV), Plano de Aposentadoria Incentivada (PAI) ou Previdência Complementar, desempenharam um papel social que deveria ser do Estado.

Por essas razões, presenciamos na sociedade brasileira trabalhadores aposentados com padrões de vida socioeconômicos deploráveis. Ainda, ocorrem situações em que o aposentado, para complementação da aposentadoria do INSS, continua com vínculo empregatício.

Nesse caso com a empresa a qual possui relação de emprego ou desligando-se dela, procura outro emprego num mercado que, muitas vezes, discrimina de forma vergonhosa o idoso.

De maneira que as sociedades corporativas, comprometidas com o social, mercado e investidores, buscaram a renovação no quadro de empregados, substituindo os mais antigos pelos mais novos. Os primeiros com maiores salários causavam um elevado custo na folha de pagamento. Já os segundos com salários baixos reduziam significativamente os custos com mão de obra.

. Assim as sociedades empresariais comprometidas com uma política de responsabilidade social buscaram a melhor estratégia de desligamentos dos trabalhadores por meio de Programas de Demissões Coletivas, por intermédio da aposentadoria pelas empresas de Previdência Complementar11, que

11GENIAL INVESTIMENTOS. **Aposentadoria Privada x Aposentadoria Pública: entenda as diferenças**. Disponível em: https://blog.genialinvestimentos.com.br. Acesso em: 27/3/2019:

estudaremos qual a melhor opção nas escolhas das modalidades12 dos planos VGBL ou PGBL, com incidência do Imposto de Renda, senão vejamos:

7.2 Modalidades de planos de benefícios para fins de tributação do IR

Além da opção pelo regime tributário aplicável, o interessado em aderir a um plano previdenciário complementar deve escolher qual a modalidade do plano que lhe convém para fins de tributação do Imposto de Renda. Diferentemente dos regimes tributários, Progressivo e Regressivo, que determinam quais as alíquotas do Imposto de Renda serão aplicáveis, os planos VGBL e PGBL, determinam quais os valores provenientes dos benefícios ou resgates serão reputados como base de cálculo do Imposto de Renda.

Atualmente, as duas modalidades mais comercializadas no Brasil são o PGBL – Plano Gerador de Benefício Livre e o VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre[11]. A maior diferença entre eles está na tributação.

Os planos nas modalidades PGBL e VGBL são considerados modernos, já que não oferecem uma garantia mínima de rentabilidade, retratando com fidelidade a realidade do mercado financeiro e da economia nacional. Soma-se a tal argumento o fato de possuírem maior grau de transparência, pois oferecem aos participantes a possibilidade de acompanhar a rentabilidade das cotas em fundo de investimentos diariamente, informando-se prontamente sobre os ganhos ou perdas dos recursos.

A flexibilidade também é ponto marcante nestes planos, haja vista permitirem a suspensão de contribuições por

---

"[...]

Já a Previdência Complementar abarca os planos de aposentadoria privada, que servem, primordialmente para complementar a Previdência Social, sobretudo para os trabalhadores que irão receber aposentadoria pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS)"

12 RODRIGUES, Juliano José. **A tributação incidente sobre a previdência privada**. In. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, nº 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 19/4/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

determinado tempo, para serem retomadas em momento considerado oportuno pelo participante.

Além disso, fica a critério do participante a escolha do tipo do fundo de investimento em que deseja ter seus recursos aplicados. A escolha, na maioria dos planos, é realizada mediante o perfil do investidor, que poderá ser classificado como: conservador, moderado ou agressivo. Em ordem gradual, quanto maior for o risco que o investidor se dispõe a correr, maior será a quantidade de recursos destinados às aplicações com rendimentos variáveis, usualmente, fundo de ações na Bolsa de Valores.

Enquanto a comercialização dos planos PGBL e VGBL crescem vertiginosamente, outros planos de previdência permanecem quase desconhecidos. É o caso dos Planos com Remuneração Garantida e Performance (PRGP), com Atualização Garantida e Performance (PAGP), do Vida com Remuneração Garantida e Performance (VRGP) e do Vida com Atualização Garantida e Performance (VAGP).

Faz-se mister agora estabelecer critérios para a correta conceituação dos planos PGBL e VGBL.

7.3 Incidência do Imposto de Renda

Viu-se até o momento como ocorre a incidência do Imposto de Renda nos planos de benefícios das entidades abertas de previdência complementar. Os regimes tributários Progressivo e Regressivo determinam qual a alíquota aplicável, enquanto os planos PGBL e VGBL fixam qual valor será imputado como base de cálculo.

Tem-se por certo que o presente assunto é complexo, haja vista os planos de benefícios serem direcionados ao público em geral, que, na maioria dos casos, não possui conhecimentos financeiros e tributários necessários para tornar a matéria de fácil compreensão.

Neste sentido, a presente pesquisa apresenta nos próximos tópicos, um resumo simplificado da forma como se dá a

> tributação em cada modalidade de plano, consoante o regime tributário escolhido pelo participante.

Por sua vez, as sociedades empresárias que optaram por meio do Plano de Demissão Voluntária (PDV), Plano de Aposentadoria Incentivada (PAI), os valores recebidos pelos trabalhadores, pelo que entendemos, foram para fins trabalhista e tributário conceituados como verbas indenizatórias, por essa razão, desonerados da incidência do INSS e do Imposto de Renda.

Finalmente, com tantas injustiças que foram e são praticadas em detrimento da melhor qualidade de vida dos aposentados no Brasil, neste trabalho é oportuno mencionar uma grande injustiça a qual foi praticada em relação à desaposentação13.

De fato, no dia 26 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria, ocasião em que, por maioria dos votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após a concessão da aposentadoria.

De sorte que foram julgados os Recursos Extraordinários (RE), 381367, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, 661256, com repercussão geral, e 827833, ambos de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

No Inteiro Teor do Acórdão14, publicado pelo STF, consta uma nota denominada "ESCLARECIMENTO", pela qual o então Presidente do STF, naquela

13 BARROS, Rodrigo Costa de; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Desaposentação e a nova decisão do STF**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, nº 157, fevereiro 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 27/3/2019.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão Recurso Extraordinário 661.256**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27 de março de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

época o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, esclarece: "O tema é extremamente complexo realmente e pode causar, em tese, um impacto muito grande nos cofres públicos".

Ora, data vênia, o rombo com impacto nos Cofres Públicos, a denominada "Operação Lava Jato", tem mostrado ao meio jurídico e à sociedade brasileira que os "crimes do colarinho branco" (*White colar crimes*)15, definido pela Lei nº 7.492, de 16/61986 e pela Lei nº 9.613, de 3/3/1988, são os principais responsáveis.

Também, diferente daqueles aposentados que discutiram seus direitos na justiça, pleiteamos na esfera administrativa junto ao Ministério da Previdência Social, de um lado uma repetição de indébito tributário, relativa às contribuições pagas ao INSS, que foram retidas pela empresa a qual mantinha vínculo empregatício desde a concessão do meu benefício da aposentadoria em 17/6/1997; por outro lado, pedido de retroação do benefício pelo fato da continuidade da atividade laboral na Agência da Previdência Social em Salvador, Bahia.

A primeira, sobre a Repetição de Indébito Tributário, o INSS nos informou pela impossibilidade, conforme Carta nº 25 MPS/SPS/CGLN, de 19/10/200716, esclarecendo:

> Vale acrescentar que o sistema previdenciário adotado no Brasil é o de repartição simples, que consiste num modelo em que os recursos recolhidos dos contribuintes atuais são

15 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 111.

16 BRASIL. Ministério da Previdência Social. Carta nº 25 MPS/SPS/CGLN, de 19 de outubro de 2007, Brasília (DF), Coordenador-Geral, Jorceli Pereira de Sousa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> destinados a cobrir os gastos com os já aposentados. Com este regime, estabelece-se um pacto entre gerações, sendo que os segurados ativos financiam os inativos, na expectativa de que quando se aposentarem haverá outra geração de contribuintes financiando seus benefícios. Neste sistema não existe acumulação das contribuições para garantir o pagamento da aposentadoria do próprio segurado contribuinte, como ocorre no sistema de capitalização.

Já o pedido de retroação do benefício à Agência da Previdência Social em Salvador, Bahia, até a presente data não emitiu parecer.

Convém esclarecer que atualmente no meio jurídico em relação aos aposentados que continuaram atividade laboral os tribunais têm concedido o direito do cidadão que é aposentado melhorar seu benefício por meio da reaposentação.

Reportando-nos à PEC-6, que estabelece sobre Reforma da Previdência, como já citamos neste trabalho, há alguns pontos polêmicos, um deles é o fim da multa rescisória e do depósito do percentual de 8% do FGTS para os aposentados.

A proposta é no sentido das alterações no ato das disposições constitucionais transitórias, a seguir:

No art. 10, foi acrescentado o §4°17, que dispõe:

> O vínculo empregatício mantido no momento da concessão de aposentadoria voluntária não ensejará o pagamento da

17 BRASIL. PREVIDÊNCIA DA REPÚBLICA. REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – PEC-6/2019. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 24 de fevereiro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> indenização compensatória prevista no inciso I do caput do art. 7º da Constituição, nem o depósito do fundo de garantia do tempo de serviço devido a partir da concessão da aposentadoria.

No que diz respeito, o inciso I, art. 7º da CF/198818, previsto no §4º, acrescentado no art. 10, estabelece:

> Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Vale esclarecer que em relação ao §4º, acrescentado no art. 10, o termo i**ndenização compensatória19** é um direito que a Constituição Federal do Brasil assegura aos trabalhadores despedidos arbitrariamente ou sem justa causa.

De modo que o trabalhador recebe, até que lei complementar estabeleça um valor definitivo, quarenta por cento do montante dos depósitos do FGTS, da correção monetária e dos juros capitalizados na conta vinculada do empregado, do período trabalhado na empresa.

A indenização compensatória também é aplicada no caso de cancelamento do contrato de trabalho por motivo de culpa mútua ou de força

18 ANGHER, Anne Joyce. **VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO**. 19 ed. São Paulo: Rideel, 2014, pág. 24.

19 WIKIPÉDIA. Indenização compensatória. Disponível em: https://pt..wikipedia.org. Acesso em: 24 de fevereiro de 2019.

maior, reconhecidas pela Justiça do Trabalho, ficando a percentagem reduzida para vinte por cento.

Vale esclarecer que tal medida foi no sentido de desonerar o empregador, isto é, reduzir o custo dos trabalhadores para as empresas, pois o que a alteração estabelece de "não ensejará o pagamento da indenização compensatória" o governo busca por meio da alteração fim da multa rescisória de 40% sobre os depósitos do FGTS para os trabalhadores que já estiverem aposentados.

Nesse sentido, no seu artigo publicado na BBC News Brasil Camila Veras Mota20 esclarece:

> Na prática, o fim da multa rescisória tornaria mais barata a demissão dos aposentados que ainda estão na ativa um contingente que chega a 1,4 milhão de pessoas, conforme os dados da Secretaria da Previdência referentes a 2017 levantados a pedido da BBC News Brasil.
>
> Isso porque, quando um trabalhador com carteira assinada se aposenta e segue trabalhando, ele tem direito de sacar o saldo total do fundo de garantia, mas seu empregador continua sendo obrigado a pagar 40% do valor que depositou no FGTS como indenização caso mande o funcionário embora.
>
> Para pessoas que estão há 20 ou 30 anos na mesma empresa, essa multa pode atingir valor considerável.

20 MOTA, Camila Veras. Quatro pontos polêmicos da proposta de reforma da Previdência de Bolsonaro. Disponível em: https://www.bbc.com. Acesso em: 25 de fevereiro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O professor Luís Eduardo Afonso, da FEA-USP, diz que é difícil fazer uma estimativa de impacto da medida, que criaria uma "dualidade no mercado de trabalho".
>
> De um lado, ela poderia, por exemplo, estimular as pessoas a se aposentarem mais tarde - para postergar o momento em que sua demissão ficaria mais barata para a empresa. De outro, poderia ser um incentivo para que algumas empresas "segurassem" os funcionários mais velhos até que eles se aposentassem.
>
> Bruno Ottoni, pesquisador do Ibre-FGV e do IDados, pondera que a medida poderia ainda estimular contratações de aposentados, justamente porque a demissão ficaria mais barata.
>
> "O custo de saída afeta a entrada", ressalta o economista. Isso porque, quanto mais restritiva é a legislação trabalhista quanto à demissão, diz ele, mais os empregadores tendem a procurar modalidades alternativas de contratação para evitar os custos altos para mandar o funcionário embora.
>
> Para Ottoni, da Mercer, esse é um dos pontos que devem gerar maior polêmica nas discussões no Congresso, ao lado do BPC e das mudanças de alíquotas de contribuição para funcionários públicos.

De modo que o termo concessão de aposentadoria voluntária é a passagem para a inatividade remunerada, após o preenchimento de todos os requisitos legais que garantam aquele direito, cujo **requisito básico é que o trabalhador** tenha completado todos os requisitos necessários para aposentadoria após 16/12/1998 (Emendas Constitucionais nº 20/1998, 41/2003 e 47/2005 – regras de transição ou regras novas).

Enfim, é um ponto polêmico que ocasionará grandes discussões no Congresso. Vale esclarecer que ocorrem situações em que o trabalhador sem a sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

própria vontade necessita aposentar-se pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por exemplo, doenças, até mesmo como ocorreu na década de 90, quando existiram boatos (*fake News*) sobre extinção do FGTS, o qual para o trabalhador é importante para sua qualidade de vida.

Por esse motivo, os trabalhadores, mesmo com vínculo empregatício com a empresa a qual mantinham relação de emprego, foram induzidos a aposentar-se com menos tempo de contribuições, o que prejudicou consideravelmente o trabalhador pela falta de transparência do governo naquela época.

Pois o trabalhador, mesmo contribuindo com o teto máximo, aposentou com valor inferior, e, o que é pior, continuou a pagar o INSS retido pelo empregador, e tampouco lhe foi permitido pelo executivo e o judiciário da complementação da sua aposentadoria, por meio da desaposentação, bem como da reaposentação21, conforme mencionamos exaustivamente no presente trabalho.

De maneira que a PEC-6 também é omissa com relação à desaposentação e da reaposentação, bem como aos pagamentos das contribuições do INSS retidas e pagas pelos aposentados com vínculo empregatício. Assim, indagamos que Reforma é essa sem justiça social que não restaura uma injustiça a qual prejudicou milhares de trabalhadores?

Que direito previdenciário é esse que presenciamos no país em relação ao aposentado que exerce atividade laboral? De um lado, ele é onerado

21 CANELLA, Renata Brandão. **Reaposentação: esperança ou realidade?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5748, publicado em 28 de março de 2019. Disponível em: https://www.jus.com.br. Acesso em: 30/3/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pelo pagamento da contribuição previdenciária, sob o argumento de que o sistema previdenciário adotado no Brasil é o de repartição simples, que consiste num modelo em que os recursos recolhidos dos contribuintes atuais são destinados a cobrir os gastos com os já aposentados. Por outro lado, não reconhece a desaposentação, tampouco a reaposentação que é a complementação da aposentadoria daquele trabalhador, por exemplo, que aposentou com 30 anos de trabalho e não 35 anos, todavia, continuou com vínculo empregatício, exercendo sua atividade laboral e sendo retida e descontada pelo empregador do salário do trabalhador a contribuição previdenciária, ou seja, o INSS.

Entretanto, o Plenário do STF, no caso da desaposentação, considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria, ocasião em que, por maioria dos votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após a concessão da aposentadoria.

No item 13, da correspondência EM nº 00029/2019 ME, de 20/2/201922, o Ministro da Economia Paulo Roberto Nunes Guedes submeteu a PEC nº 6/2019 ao Excelentíssimo Senhor Presidente Jair Bolsonaro, esclarecendo:

> 13. Esse projeto para uma nova previdência é estruturado em alguns pilares fundamentais: combate às fraudes e redução da judicialização; cobrança das dívidas tributárias previdenciárias; equidade, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, com todos brasileiros contribuindo para o equilíbrio previdenciário na medida de sua capacidade; além da criação de um novo regime

22 BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Correspondência EM nº 00029/2019 ME, de 20/2/2019, PEC Nº 6/20189. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 7 de abril de 2019.

previdenciário capitalizado e equilibrado, destinado às próximas gerações.

De sorte que este item, bem como outros da citada correspondência, nos remetem ao que mencionamos sobre as omissões e injustiças da Reforma Previdenciária, assim como retrata uma herança republicana de um passado quando existiu o domínio do Estado Leviatã, o qual colocou o trabalhador nas amarras da Fazenda Pública, beneficiando aqueles que dominam o poder econômico.

3 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EXORBITA DE SUA COMPETÊNCIA AO LEGISLAR SOBRE IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA

No que diz respeito ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – IR, o art. 153, §2º, I, da CF/1988, estabelece que o referido imposto seja informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade23, na forma da lei.

De sorte que a progressividade do Imposto de Renda tem como objetivo alcançar todas as pessoas com seus rendimentos, cuja alíquota incidirá por meio de uma tabela divulgada pela SRFB, caracterizada por alíquotas maiores e menores, tomando-se por base a capacidade econômica do contribuinte. Aliás, segundo Marcelo Magalhães Peixoto24, todos esses princípios os quais citamos possuem relevância na conformação da "Regra Matriz da Incidência Tributária".

23 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Isenção do IRPF nas doenças graves na atividade, inatividade e na previdência complementar**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, nº 166, novembro2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 21/1/2018.

24 PEIXOTO. Marcelo Magalhães. **Princípios fundamentais do imposto sobe a renda**. Disponível em: https://www.conjur.com.br. Acesso em: 26/3/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Atualmente a tabela do imposto de renda está congelada, qual será a razão? Planejamento Tributário em benefício da Administração Pública, crime de concussão ou crime contra a ordem tributária25 por obter vantagem indevida?

De fato, na tabela a última faixa possui uma base de cálculo anual acima de R$ 55.976,16, com alíquota de 27,5% e uma parcela a deduzir do imposto de R$ 10.432,32. Ora, este valor dedutível afetará significativamente no cálculo do imposto no resultado do *quantum* a pagar. Pois o contribuinte pagará mais Imposto de Renda do que deveria pagar caso houvesse aumento do valor da referida dedução

Também é de se questionar qual é o parâmetro utilizado para obtenção do mencionado valor, será por meio de consciência financeira ou contabilidade criativa? Na verdade não saberemos dizer, senão aqueles que decidem ao legislar com objetivo de arrecadar, ou seja, o poder tributante.

Vale ressaltar que o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil elaborou, por meio do Departamento de Estudos Técnicos do Sindifisco Nacional, um trabalho denominado: A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física26.

A defasagem na correção da Tabela do IR, em 2016, apontava para uma defasagem média acumulada de 83,12%, tomando por base a inflação medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). De maneira que a não correção da Tabela do IR pelo índice de inflação faz com que o contribuinte pague mais

25 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 210-211.

26 BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física**. Disponível em: http://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR. Acesso em: 26/3/2019.

imposto de renda do que pagava no ano anterior, assim explica o texto do referido trabalho.

Ainda, entendemos que a cobrança desse imposto é injusta; por esse motivo necessita de sérias mudanças a fim de atender com justiça o princípio da capacidade contributiva.

De fato, o trabalho elaborado pelo SINDIFISCO NACIONAL27 esclarece:

> Ao não corrigir integralmente Tabela do IR, o governo se apropria da diferença entre o índice de correção e o de inflação, reduzindo a renda disponível de todos os contribuintes.
>
> A correção da Tabela do IR pelo índice integral da inflação evitaria uma distorção comum na política tributária brasileira dos últimos 20 anos: o pagamento de mais imposto de renda, mesmo por aqueles que não tenham auferidos ganhos reais. Esta é uma séria ofensa aos princípios da Capacidade Contributiva e da Progressividade, inscritos na Constituição Federal. A conjunção de ambos diz que quem ganha mais deve pagar progressivamente mais. Porém, a não correção da tabela faz com que muitos daqueles que não ganharam mais ou mesmo ganharam menos, paguem mais. É, portanto, uma política regressiva, desprovida de um senso maior de justiça

27 BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física**. Disponível em: http://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR. Acesso em: 26/3/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fiscal e que, por estas razões, conduz à ampliação das desigualdades distributivas do País.

De sorte que, não havendo a correção da Tabela do Imposto de Renda, por conseguinte, afetará os limites de deduções, os quais também ficarão congelados. Além do mais, as deduções permitidas por lei são valores que não correspondem à realidade dos gastos necessários pelos contribuintes, ocasionando uma injustiça fiscal, gerando desigualdades sociais.

Na verdade, o ente federativo restringe o contribuinte, quando limita as deduções, resultando um valor maior no *quantum* a pagar do IRPF, inclusive prejudicando a qualidade de vida do contribuinte.

O limite das despesas com educação do declarante do IRPF e de seus dependentes é de R$ 3.561,60. Tais despesas referem-se a ensino infantil, fundamental, médio, técnico e superior (graduação e pós-graduação).

Ademais, os pais necessitam preparar seus filhos para um mercado de trabalho bastante competitivo, bem como para concursos públicos. Com isso, muitos filhos residem com os pais sendo dependentes até conseguirem sua independência financeira.

Assim, a Administração Pública poderia propor o aumento da idade para os dependentes de 24 anos para 27 anos, a exemplo, do que ocorrem em alguns países da Europa, tais como: República Checa, Bélgica28 e outros, pois nada mais justo para preparação do recém-formado habilitando-o para inserção no mercado de trabalho, beneficiando sobremodo os responsáveis em relação aos aspectos previdenciários e tributários.

28 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627. Acesso em: 25 jul. 2011.

Por conseguinte, existem nos valores dos limites de deduções verdadeiras aberrações que nos conduzem aos mesmos questionamentos mencionados anteriormente, além do mais, quer nos parecer que há uma falta de sincronismo em relação às classes sociais por faixas de salário-mínimo.

De fato, as deduções legais estão à margem da realidade, inclusive levando em consideração a defasagem na correção da tabela do imposto de renda pessoa física, que segundo o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil em dezembro de 2016 apontava desde 1996 uma defasagem média acumulada de 83,12%.

Enfim, é escorchante a cobrança do referido imposto, principalmente para os contribuintes pessoas físicas, no caso os assalariados, pois as pessoas jurídicas, de acordo com suas atividades econômicas, são beneficiadas com Incentivos Fiscais, que na verdade o Poder Público abdica de uma arrecadação do presente postergando-a para o futuro em alguns benefícios fiscais, já em outros há uma grande perda na arrecadação.

De fato, as pessoas físicas são menos privilegiadas por meio de benefícios fiscais, inclusive aqueles existentes são obtidos por um preço muito alto para o beneficiário, a exemplo daqueles que são concedidos para os portadores de doenças graves que possuem o benefício fiscal da isenção do IR; todavia, eles se deparam com as amarras do ente federativo que restringe e dificulta sua utilização adotando medidas mais de interesses fiscalistas do que a própria garantia constitucional, a exemplo do direito à saúde e à vida, asseguradas na nossa Carta Política.

Além do mais, como foi exposto no presente trabalho, os valores e os limites das deduções para o cálculo do imposto de renda devido que a SRFB concede aos contribuintes estão à margem da realidade econômica do País, as quais entendemos que as referidas deduções deveriam ser compatíveis com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

distribuição de rendas das classes sociais constantes da pirâmide, cujos gastos são maiores à medida que a renda aumenta.

Ainda, o poder tributante não reconhece determinadas despesas, a exemplo dos medicamentos29, isto é, os remédios para fins de tratamento de saúde. Nesse sentido podemos mencionar várias doenças, tais como: doenças crônicas, cardiovasculares (cerebrovasculares, isquêmicas), neoplasias malignas, doenças respiratórias crônicas e diabetes mellitus, tuberculose ativa, hanseníase, esclerose múltipla, hepatopatia grave, Parkinson, nefropatia grave, entre outras.

Aliás, o poder tributante concede deduções com tratamento dos planos de saúde, clínicas, hospitais, pois entendemos ser conveniente para a SRFB tão somente para fins dos cruzamentos para inibir a sonegação fiscal ao contrário dos remédios que são difíceis de controle pelo consumidor final, entretanto, esquecem que muitos medicamentos são de uso contínuo necessário ao tratamento de saúde do paciente contribuinte do imposto de renda.

Ainda, nesse contexto a Solução de Consulta Cosit nº 152/2016, diga-se com seus efeitos vinculantes trata sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte – IRPF, estabelecendo normas sobre os rendimentos relativos aos proventos de aposentadoria, reforma ou pensão e suas respectivas complementações recebidas por portadores de moléstia grave, sendo que aqueles que possuem o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) estão isentos do imposto de renda.

29 BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física**. Disponível em: http://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR. Acesso em: 26/3/2019. O Sindifisco com relação à saúde tem uma visão holística:

"A legislação atual do Imposto de Renda restringe a dedução das despesas com saúde. Uma dessas restrições é a não permissão da dedução com medicamentos, exceto aqueles fornecidos pelo próprio estabelecimento hospitalar. A parcela da renda do contribuinte gasta com medicamentos, indispensáveis e vitais, não deveria ser tributada porque não há capacidade contributiva, a qual só começa depois de deduzidas as despesas necessárias à sobrevivência. Afinal, medicamentos não são supérfluos, e sim uma necessidade vital do ser humano e deveriam compor a relação de deduções legais, pois de acordo com o Princípio da Capacidade Contributiva, cada pessoa deve ter sua renda tributada somente depois de deduzidas todas as despesas necessárias a sua sobrevivência."

Todavia, a mencionada Solução de Consulta não reconhece para fins de isenção a modalidade de plano VGBL, por entender que ele não é um plano de previdência complementar por se enquadrar no ramo de seguros de pessoas, sujeitando-se ao imposto de renda na fonte, cujo rendimento na declaração de ajuste anual deverá ser preenchido no quadro "Rendimentos Sujeitos à Tributação Exclusiva/Definitiva", mesmo que o beneficiário de tais rendimentos seja portador de moléstia grave.

No entanto, lamentavelmente temos conhecimento de que instituição a financeira de previdência complementar, bem como a própria SRFB, não observaram a Solução de Consulta Cosit nº 152/2016 e o próprio RIR/1999, mantidos no RIR/2018, sobre a isenção do IRPF sobre os rendimentos do Plano **PGBL,** dos portadores de doenças graves. Com isso, não observaram os direitos constitucionais à saúde em relação à dignidade da pessoa humana sobre o conceito holístico de saúde integral.

Com isso, não trataram como benefício fiscal a Lei nº 7.713/1988, no que diz respeito à isenção, ou seja, não adotando corretamente a função social do tributo na satisfação dos interesses coletivos, princípio da dignidade da pessoa humana e não utilizando o recurso hermenêutico de uma interpretação sistêmica, bem como conflitando com o próprio Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.00030, de 26/03/1999, publicado no DOU de 17/6/1999.

---

30 FERREIRA, Antonio Airton. **Regulamento do Imposto de Renda1999, anotado e comentado**: atualizado até 30 de abril de 2010. Antonio Airton Ferreira, Elisabeth Lewandowski Libertuci, Fabio Rodrigues de Oliveira, Juliana M. O. Ono, Luiz Martins Valero, Marcos Shigueo Takata e Victor Hugo Isoldi de M Castanho. 13 ed. Volume 1. São Paulo: FISCOSoft, 2010, p. 112-193. O RIR/1999, sobre os portadores de doenças graves, estabelece:

[...]

Pensionistas com Doença Grave

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

XXXI – os valores recebidos a título de pensão, quando o beneficiário desse rendimento for portador de doença relacionada no inciso XXXIII deste artigo, exceto a decorrente de moléstia profissional, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º , inciso XXI, e Lei nº 8.541, de 1992, art. 47);

[....]

Proventos de Aposentadoria por Doença Grave

XXXIII – os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníese paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquisolante, nefropatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIV, Lei nº 8.541, de 1992, art. 47, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, §2º);

[...]

Resgate de Contribuições de Previdência Privada

XXXVIII – o valor de resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefício da entidade, que corresponde às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995 (Medida Provisória nº 1.749-37, de 11 de março de 1999, art. 6º);

[...]

Seguro e Pecúlio

XLIII – o capital das apólices de seguro ou pecúlio pago por morte do segurado, bem como os prêmios de seguro restituídos em qualquer caso, inclusive no de renúncia do contrato (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIII);

Seguros de Previdência Privada

XLIV - os seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso VII, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 32);

[....]

§4º Para o reconhecimento de novas isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII, a partir de 1º de janeiro de 1996, a moléstia deverá ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial, no caso de moléstias passíveis de controle (Lei nº 9.250, de 1995, art. 30 e §1º).

§5º As isenções a que se referem os incisos XXXI e XXXIII aplicam-se aos rendimentos recebidos a partir:

I - do mês da concessão da aposentadoria, reforma ou pensão;

Vale ressaltar que o referido RIR/1999 foi revogado por meio do Decreto nº 9.58031, de 22/11/2018, publicado no DOU de 23/11/2218, isto é, também conflitante com decisões da justiça e de normas da própria SRFB.

Nesse sentido, o novo Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22/11/2018, no Capítulo II, sobre Rendimentos Isentos e Não Tributáveis, no seu art. 35, que trata sobre normas relacionadas aos portadores de doenças graves, em nada mudou.

De fato, as redações das alíneas "b" e "c", do inciso II32, possuem redações "*ipsis litteris*", constantes nos incisos XXXIII e XXXI, respectivamente, previstas no revogado RIR/1999.

II - do mês da emissão do laudo ou parecer que reconhecer a moléstia, se esta for contraída após a aposentadoria, reforma ou pensão;

III - da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial.

§6º As isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII **também se aplicam à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão (grifo nosso).**

31 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL. **Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, publicado no DOU de 23 de novembro de 2018**. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 25 de novembro de 2018.

32 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL. **Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, publicado no DOU de 23 de novembro de 2018**. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 25 de novembro de 2018. Assim, estabelecem às alíneas "b" e "c", do Inciso II, do art. 35:

b) os proventos de aposentadoria ou reforma motivadas por acidente em serviço e aqueles percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de **Parkinson**, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados de doença de **Paget** (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou da reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, **caput**, inciso XIV; e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, § 2º);

c) os valores recebidos a título de pensão, quando o beneficiário desse rendimento for portador de doença relacionada na alínea "b", exceto aquela decorrente de moléstia profissional, com base em conclusão da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ora, a Lei nº 7.713/1988, que deveria ser alterada com base numa nova realidade beneficiando os portadores de doenças graves, pois somos sabedores de que os diplomas são editados com objetivo de explicitarem as leis, se estas, a exemplo da Lei nº 7.713/1988, que requer mudanças e não foram feitas, após 30 (trinta) anos da sua edição, óbvio que o diploma legal do Imposto de Renda continuará explicitando normas fora da realidade.

4 – OS PLANOS PGBL E VGBL DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E A TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA

Alguns contratos empresariais com a previdência complementar podem ser firmados com base nos denominados planos Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) ou Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL)33, que possuem regimes de tributação do Imposto de Renda distintos, sendo que no primeiro plano as contribuições não são dedutíveis.

Já no segundo plano as contribuições podem ser abatidas no cálculo do IR, até o limite de 12% da renda tributável34 como benefício fiscal, considerado como um diferimento, senão vejamos:

7.2.1 PGBL – Plano Gerador de Benefício Livre

> É um plano de previdência complementar, instituído por uma entidade aberta de previdência complementar, que permite a acumulação de recurso e a contratação de rendas para recebimento a partir de uma data escolhida pelo participante. O plano PGBL de cada entidade deve ser aprovado,

medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, **caput**, inciso XXI);

33 BRASIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA: PGBL permite dedução no Imposto de Renda. Disponível em: http://www.economia.uol.com.br. Acesso em: 11/04/2017.

34 RODRIGUES, Juliano José. **A tributação incidente sobre a previdência privada**. In. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, nº 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 19/4/2019.

previamente, pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

Em suma, é um plano normal (assim como o VGBL), apresentando apenas, peculiaridades quanto à entidade instituidora e em relação à tributação do Imposto de Renda.

Nesta modalidade, todas as contribuições vertidas ao plano podem ser deduzidas da base de cálculo do Imposto de Renda[12], limitado até 12% da renda bruta anual do participante, desde que entregue a Declaração Anual de Ajuste do IR no formulário completo[13]. Dessa forma, o participante poderá utilizar as contribuições efetuadas para o plano como valores a serem deduzidos da base de cálculo do imposto a pagar, o reduzindo. Caso tenha saldo de imposto a restituir, o valor da restituição será acrescido.

Essa dedução da base de cálculo foi instituída pela Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997, é considerada um benefício fiscal. Esta dedução também é assegurada pelo artigo 69 da Lei Complementar n. 109, de 2001.

A tributação nos planos PGBL ocorrerá tão somente, por ocasião do início do recebimento dos benefícios (aposentadoria) mensais, ou no momento de eventuais resgates efetuados durante o período de diferimento. A base de cálculo do Imposto de Renda será o valor total recebido.

Decorre das assertivas acima: nos planos PGBL, concede-se ao participante um benefício fiscal, no qual ele utiliza as contribuições vertidas ao plano como deduções da base de cálculo do imposto, em contrapartida, quando receber os rendimentos provenientes da previdência complementar, sofrerá a incidência do IR sobre os valores totais recebidos, de acordo com o regime tributário escolhido quando da contratação do plano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que diz respeito às contribuições do plano VGBL35, este tem por objetivo atender aqueles contribuintes que utilizam o modelo simplificado quando da entrega junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) da Declaração de Ajuste Anual com opção pelo desconto simplificado, de 20% sobre o rendimento tributável, entretanto, desde que não ultrapasse o limite atualmente previsto que é de R$ 16.754,34 (dezesseis mil e setecentos e cinquenta e quatro reais e trinta e quatro centavos).

7.2.2 VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre

O VGBL é um seguro de vida com cobertura por sobrevivência (aposentadoria), que objetiva possibilitar a formação de uma poupança, a qual poderá ser revertida na forma de renda mensal ou pagamento único a partir de uma data escolhida pelo participante. Necessariamente, deve ser regulamentado pela SUSEP.

O VGBL, diferentemente do PGBL, é instituído por seguradoras que operam no ramo vida, em conformidade com a permissão legal expressa no parágrafo único do artigo 36 da Lei Complementar n. 109, de 2001, que assim dispõe:

Art. 36 – (...)

Parágrafo único – As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo de vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios (...), a elas se aplicando as disposições desta Lei Complementar.

Resulta que estas seguradoras são equiparadas às entidades abertas de previdência complementar, para todos os efeitos. A única distinção é que no VGBL denomina-se o individuo integrante do plano enquanto no período de diferimento, como segurado, enquanto no PGBL, denomina-se participante. Porém, a diferença, limita-se à terminologia

35 RODRIGUES, Juliano José. **A tributação incidente sobre a previdência privada**. In. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, nº 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 19/4/2019.

> empregada, pois participante e segurado, no final das contas, têm o mesmo significado.
>
> Firma-se o entendimento de que o VGBL, não obstante ser conceituado como um seguro de vida com cobertura por sobrevivência, é reputado à condição de plano de previdência complementar, estando em conformidade com tudo o que foi exposto neste trabalho.
>
> No VGBL, a tributação do Imposto de Renda dar-se-á no momento do recebimento dos benefícios, ou por ocasião de resgates de recursos efetuados, havendo incidência apenas sobre os rendimentos auferidos, de acordo com o regime tributário escolhido. Em contrapartida, como a incidência do imposto será restringida apenas aos rendimentos, não se concede ao segurado o benefício fiscal de deduzir os valores das contribuições vertidas ao plano em sua Declaração Anual de Ajuste do Imposto de Renda.
>
> Ressalva-se que, durante o período de acumulação, os recursos aplicados estão isentos de tributação sobre os rendimentos, somente na ocasião do recebimento de valores é que ocorrerá o fato gerador do imposto.
>
> Neste sentido, reitera-se, a incidência do Imposto de Renda será apenas, e tão somente, sobre os rendimentos auferidos em decorrência dos recursos aplicados. Para tanto, os cálculos dos valores dos benefícios são realizados de forma individualizada, tem-se o valor do principal investido (contribuição vertida) e o valor total resultante dos anos de aplicação, individualizando-se, assim, o rendimento percebido ao longo dos anos de aplicação.

Por sua vez, somente poderão deduzir o valor das contribuições ao plano PGBL aqueles que pagam o IRPF, por meio do modelo completo quando da entrega da Declaração de Ajuste Anual.

De maneira que a diferença do plano VGBL é que na sua fase de acumulação não tem nenhuma vantagem de dedução, isto é, na fase de aplicação do plano, todavia, possui o benefício nos resgates, ocasião em que o imposto de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

renda incidirá tão somente sobre os rendimentos obtidos, cuja tributação progressiva36 ocorrerá com a retenção do imposto de renda pelo percentual de 15% (quinze por cento), senão vejamos:

7.3.3 Plano VGBL – tributação progressiva

No plano VGBL com a tributação progressiva, a incidência do Imposto de Renda dar-se-á, no caso dos benefícios de aposentadoria, no ato do recebimento, de acordo com a Tabela Progressiva Mensal do Imposto de Renda da Pessoa Física em vigor. Todavia, a base de cálculo do imposto será somente o rendimento auferido sobre as contribuições vertidas ao plano.

Incumbe à entidade aberta previdenciária proceder à individualização, por ocasião do recebimento dos benefícios, dos rendimentos provenientes do decurso de tempo em que as contribuições ficaram investidas. Assim, deverá ser discriminado o valor do principal e o respectivo rendimento sobre o capital.

No caso particular do resgate, por estar adotando o regime Progressivo, o mesmo se sujeitará à incidência automática da alíquota de 15% do Imposto de Renda, sem deduções, a título de antecipação do devido na Declaração Anual, independentemente do valor resgatado. Aqui também a base de cálculo será composta somente pelos rendimentos auferidos.

O imposto em ambos os casos (benefícios e resgates) é retido na fonte, entretanto, é passível de ser compensado na Declaração de Ajuste Anual, por meio da Tabela Progressiva Anual de Imposto de Renda.

Ressalva-se que, no caso de resgates, caso o valor recebido devesse ser tributado pela alíquota de 27,5%, a diferença entre os 15% já pagos e os 27,5% devidos, deverão ser pagos

36 RODRIGUES, Juliano José. **A tributação incidente sobre a previdência privada**. In. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, nº 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 19/4/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> por ocasião do ajuste realizado na Declaração Anual do Imposto de Renda. Da mesma forma, caso o resgate tenha sido de valor inferior ao limite de isenção (R$ 14.992,32 – em vigor[15]), obrigatoriamente terá incidido o imposto com a alíquota de 15%, contudo, caso o contribuinte não tenha mais nenhum rendimento tributável, terá direito a restituição da integralidade do valor que lhe foi retido a titulo de antecipação do imposto devido.
>
> Por fim, tem-se que, ao adotar o plano na modalidade VGBL, ocorre a não concessão do benefício fiscal anteriormente mencionado (dedução da base de cálculo).

Vale ressaltar que, no plano VGBL caso o contribuinte tenha optado pela tributação regressiva, o imposto retido na fonte é considerado como tributação definitiva, cujos rendimentos serão lançados para fins do Imposto de Renda na rubrica "Rendimentos Sujeitos à Tributação Exclusiva / Definitiva".

Essa modalidade poderá ser interessante nos resgates efetuados no longo prazo, efetuados acima de 10 (dez) anos cuja alíquota do imposto de renda será de 10% (dez por cento). Assim, Juliano José Rodrigues37 explica:

> **7.3.4 Plano VGBL – tributação regressiva**
>
> A última das combinações possíveis é a adoção do plano VGBL conjugado com o regime Regressivo de tributação. Nesta opção, a tributação incide de acordo com a Tabela Regressiva do Imposto de Renda. Aplicar-se-á neste plano o que foi mencionado a respeito do Plano PGBL – tributação regressiva, com exceção de dois pontos.
>
> O primeiro diz respeito à base de cálculo, por tratar-se de um VGBL, a mesma será tão somente o valor dos rendimentos auferidos provenientes das contribuições ofertadas ao plano. A forma de identificar os rendimentos é idêntica ao PGBL.

37 RODRIGUES, Juliano José. **A tributação incidente sobre a previdência privada**. In. Âmbito Juridico, Rio Grande, IX, nº 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 19/4/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O segundo refere-se à concessão do benefício fiscal, enquanto naquele, por tratar-se de um PGBL, existe a concessão do benefício; pelas características já mencionadas do VGBL, não existe essa benevolência em favor do segurado.

Já no plano PGBL, na tributação progressiva38, no cálculo da base de cálculo do imposto de renda, poderão ser dedutíveis da base de cálculo para cálculo do imposto de renda até o limite de 12% (doze por cento) da renda tributável, ou seja, há incidência do imposto de renda nos aportes; entretanto, o seu pagamento é postergado, isto é, diferido quando do resgate, ocasião em que a incidência do IR resultará numa base de cálculo com valor acumulado no momento do referido resgate, incidindo sobre os aportes, bem como sobre os rendimentos.

7.3.1 Plano PGBL – tributação progressiva

Num plano PGBL atrelado ao regime Progressivo de tributação, tem-se a incidência do Imposto de Renda, no ato do recebimento do benefício, de acordo com a Tabela Progressiva Mensal do Imposto de Renda da Pessoa Física em vigor. Para os resgates, aplicar-se-á a alíquota de 15%, independentemente do valor requerido. A base de cálculo em ambos os casos será o valor total recebido. O imposto será retido na fonte pela entidade aberta de previdência complementar.

Neste caso, os valores recebidos (a título de benefícios ou resgates) deverão ser declarados como rendimentos tributáveis, aumentando, portanto, a base de cálculo do Imposto de Renda a pagar, todavia, relembre-se que, por utilizar-se do regime Progressivo, os valores retidos na fonte poderão ser compensados com o montante do Imposto de

38 RODRIGUES, Juliano José. **A tributação incidente sobre a previdência privada**. In. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, nº 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 19/4/2019.

Renda apurado na entrega da Declaração Anual de Ajuste de Imposto de Renda Pessoas Físicas.

Estas diferenças que podem ocorrer no montante do Imposto de Renda a pagar na Declaração Anual resultam do fato de que os contribuintes auferem outros rendimentos tributáveis, como aluguéis, ganho de capital, rendimentos do trabalho assalariado, dentre outros, assim como possuem despesas dedutíveis, como despesas médicas, com ensino, dependentes, e outras. Por tal razão é que se faz necessário realizar anualmente o ajuste do imposto a pagar.

Concede-se ao participante o benefício fiscal de deduzir os valores das contribuições vertidas ao plano, até o limite de 12% da renda bruta anual, da base de cálculo do Imposto de Renda a pagar por ocasião da entrega da Declaração Anual.

Finalmente, no plano PGBL, tributação regressiva39, no cálculo do imposto de renda, o quantum a pagar será numa base de cálculo total, isto é, aplicações e rendimentos, todavia, na referida base de cálculo não haverá nenhuma dedução quando da elaboração da Declaração do Imposto de Renda Ajuste Anual, sendo o resgate considerado como rendimentos sujeitos a tributação exclusiva.

7.3.2 Plano PGBL – tributação regressiva

O plano PGBL conjugado com o regime Regressivo de tributação apresenta as seguintes características: no ato do recebimento, tanto dos benefícios, como dos resgates de recursos, a tributação dar-se-á na fonte conforme a tabela Regressiva do Imposto de Renda, sendo a base de cálculo em ambos os casos o valor total percebido. Portanto, quanto mais tempo o recurso ficar investido, menos o participante pagará de Imposto de Renda.

Os cálculos para apurar a alíquota aplicável são complexos, efetuados mediante a aplicação do sistema contábil PEPS. A

39 RODRIGUES, Juliano José. **A tributação incidente sobre a previdência privada**. In. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, nº 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 19/4/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> incumbência para determinar a alíquota do Imposto de Renda recai sobre a entidade aberta previdenciária, que deverá manter controle individualizado de prazos para cada contribuição vertida ao plano.
>
> Nesta modalidade, os valores retidos na fonte do Imposto de Renda são considerados definitivos, ou seja, não são passíveis de compensação por ocasião da elaboração da Declaração Anual de Ajuste. Assim, os valores percebidos a título de benefícios ou resgates serão classificados como rendimentos sujeitos a tributação exclusiva[14], e o valor do imposto retido não deverá ser informado na Declaração.
>
> Concede-se aqui também o benefício fiscal da dedução dos valores das contribuições vertidas ao plano, da base de cálculo do Imposto de Renda a pagar por ocasião da entrega da Declaração Anual.

Ainda sobre os rendimentos da previdência complementar, por meio da Solução de Consulta COSIT nº 280, de 2/6/2017, publicada no DOU de 14/6/201740, concluiu-se pela impossibilidade da isenção do Imposto de Renda – IR, nos casos do regime de tributação regressiva, nos rendimentos pagos por entidade de previdência complementar, senão vejamos:

> [...]
>
> Conclusão
>
> 11. Com base no exposto, conclui-se que a isenção para maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, prevista no art. 6º, inciso XV, da Lei nº 7.713, de 1988, não se aplica à percepção de rendimentos de caráter previdenciário, pagos por entidade de previdência privada complementar, na hipótese em que o beneficiário desses rendimentos tenha optado pelo regime de tributação regressiva e exclusiva na fonte de que trata o art. 1º da Lei nº 11.053, de 2004

40 BRASIL, Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). Solução de Consulta COSIT nº 280, de 2/6/2017, publicada no DOU de 14/6/2017, Seção 1. Página 31.

Assim, conforme discorremos amplamente neste trabalho há dois regimes de tributação dos planos de previdência complementar no país, o progressivo e o regressivo, por esses motivos, demonstraremos suas respectivas tabelas41, a seguir:

TABELA REGRESSIVA

Prazo de Acumulação	**Alíquota Retida na Fonte (%)**
Até 02 anos	35
Acima de 02 anos e até 04 anos	30
Acima de 04 anos e até 06 anos	25
Acima de 06 anos e até 08 anos	20
Acima de 08 anos e até 10 anos	15
Acima de 10 anos	10

Fonte: Disponível em: www.blog.bbprevidencia.com.br. Acesso em: 20/4/2019.

TABELA PROGRESSIVA ANUAL

A partir do exercício de 2017, ano-calendário de 2016:

Base de cálculo (R$)	**Alíquota (%)**	**Parcela a deduzir do IRPF (R$)**

41 TORRES, Juliana. Tabela progressiva ou regressiva? Entenda o regime de tributação dos planos de previdência complementar. Disponível em: www.blog.bbprevidencia.com.br. Acesso em 17/4/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Até 22.847,76	-	-
De 22.847,77 até 33.919,80	7,5	1.713,58
De 33.919,81 até 45.012,60	15	4.257,57
De 45.012,61 até 55.976,16	22,5	7.633,51
Acima de 55.976,16	27,5	10.432,32

Fonte: Disponível em: www.receita.economia.gov.br. Acesso em 20/4/2019

Portanto, a fim de que o leitor possa ter um entendimento sobre os resgates dos planos VGBL e PGBL, demonstraremos exemplos hipotéticos os quais distinguem as citadas modalidades, ou seja, sobre o cálculo do imposto de renda, considerando que um plano possui um beneficio fiscal e outro não, e a forma como devem ser efetuados os lançamentos na declaração42 de ajuste, a seguir:

- **Neste exemplo, um contribuinte do imposto de renda efetuou resgate no ano-calendário 2018 e recebeu o informe de rendimentos tributáveis para fins da declaração de ajuste anual, com a rubrica plano VGBL, tributação progressiva, no valor de R$ 100.000,00, sendo que a aplicação foi no valor de R$ 60.000,00 e o rendimento foi no valor de R$ 40.000,00 e um imposto retido, calculado sobre o rendimento à alíquota de 15%, no valor de R$6.000,00.**
  - **DECLARAÇÃO SIMPLIFICADA**

42 SULAMÉRICA PREVIDÊNCIA. Guia Completo para Declaração de Previdência no Imposto de Renda 2019. Disponível em: http://www.sulamerica.com.br. Acesso em: 20/4/2019.

- **DEDUÇÕES DO IR ADMINISTRADAS PELA SRFB**
  - ✓ 20% sobre o valor tributável, limite de: R$ 16.754,34
- **PLANO VGBL TRIBUTAÇÃO PROGRESSIVA**
  - ✓ Total do Resgate – R$ 100.000,00
  - ✓ Rendimento tributável - R$ 40.000,00
  - ✓ Imposto de Renda na Fonte - IRF (15%) – R$ 6.000,00.
  - ✓ O contribuinte ao efetuar a declaração é importante observar os informes de rendimentos encaminhados pelas instituições financeiras que constam especificados os valores com os lançamentos nas rubricas da movimentação específica do plano optado, tais como: rendimentos tributáveis, rendimentos sujeitos à tributação exclusiva, bens e direitos, entre outras informações.

➢ **CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO**
- ✓ R$ 40.000,00*20% = (R$ 8.000,00) = R$ 32.000,00

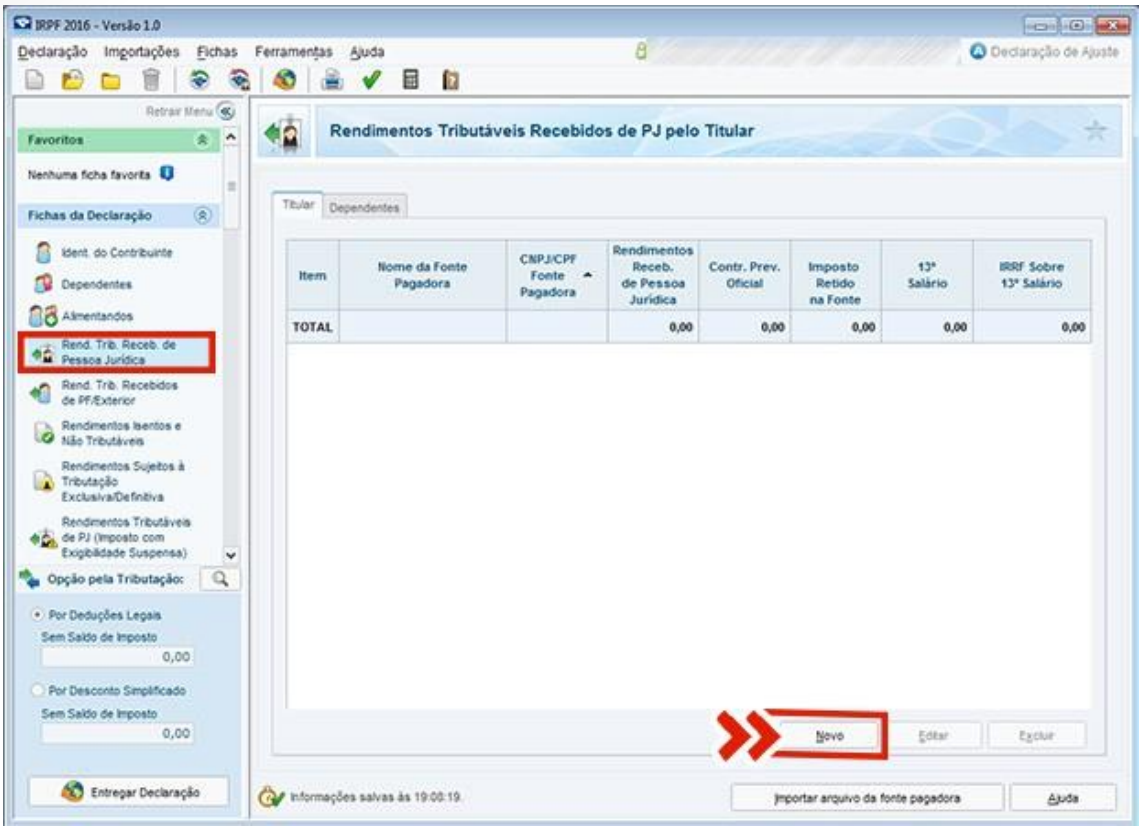
➢ **CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO TABELA PROGRESSIVA**
- ✓ R$ 32.000,00 x 27,5/100 = R$ 8.800,00 – R$4.257,57 = R$4.542,43
- ✓ Imposto devido (2): R$ 4.542,43
- ✓ IRF pago: R$ 6.000,00 (-)
- ✓ IR a Restituir: R$ 1.457,57

➢ **VALOR LÍQUIDO NO RESGATE RECEBIDO PELO CONTRIBUINTE DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**
- ✓ R$ 40.000,00*15% = (R$ 6.000,00) = R$ 34.000,00 + R$ 60.000,00 = R$ 94.000,00

➢ **CÁLCULO DA CARGA TRIBUTÁRIA – CT**
- ✓ R$ 6.000,00*100/R$ 32.000,00 = 18,75%
- ✓ CT = 18,75%

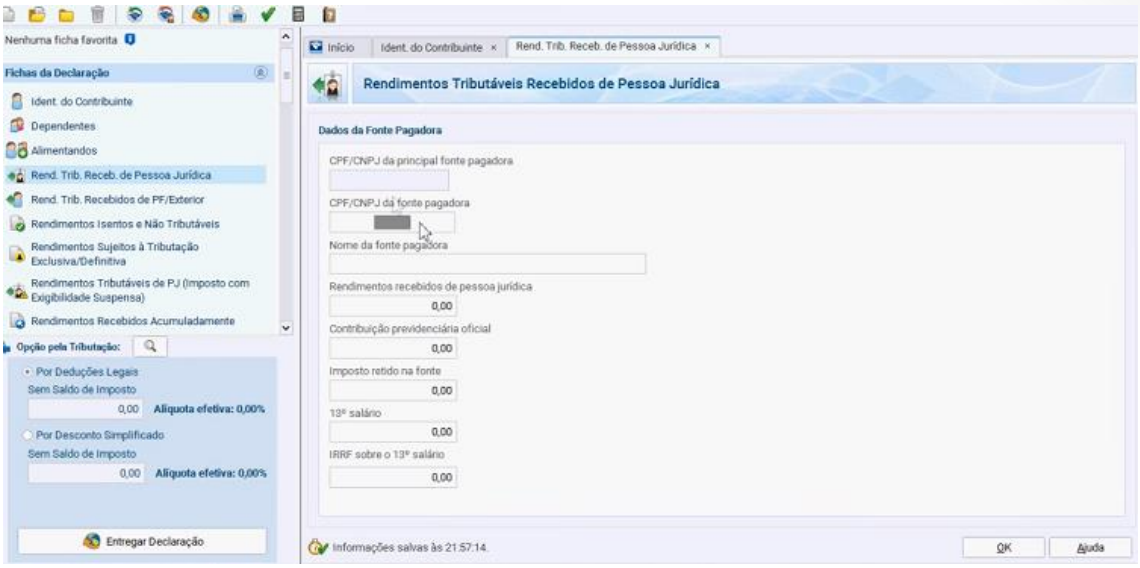
➢ **PASSO A PASSO PARA LANÇAMENTO NA DIRPF**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454



- **RENDIMENTOS TRIBUTÁVEIS RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA**
  - ✓ **Campo**: CPF/CNPJ da principal fonte pagadora, preencher o nº do CNPJ da instituição financeira: 00.000.000/0001-00;
  - ✓ **Campo**: Nome da fonte pagadora: Xavantes Seguros de Pessoas e Previdência SA;
  - ✓ **Campo**: Rendimentos recebidos de pessoa jurídica: 40.000,00;
  - ✓ **Campo**: Contribuição previdenciária oficial: deixar em branco;
  - ✓ **Campo**: Imposto retido na fonte: 6.000,00;
  - ✓ **Campo**: 13º salário: deixar em branco;
  - ✓ **Campo**: IRRF sobre 13º salário: deixar em branco.

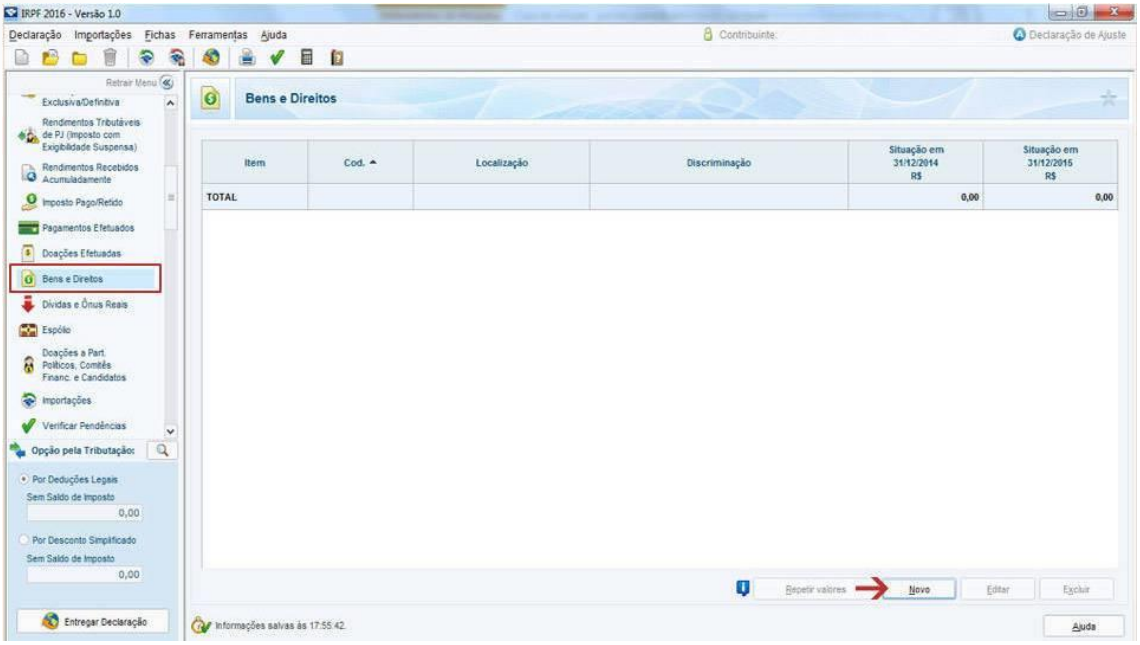
Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

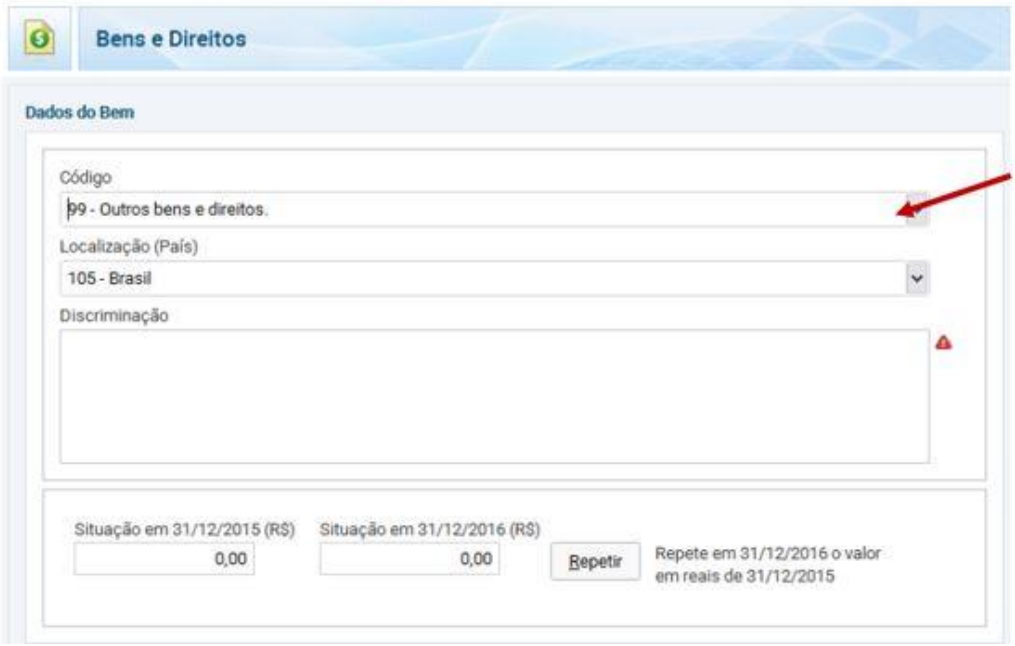


- **BENS E DIREITOS**
  - ✓ **Campo**: Código:97 – VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre;
  - ✓ **Campo**: Localização (País): Brasil;
  - ✓ **Campo**: CNPJ: 00.000.000/0001-00;
  - ✓ **Campo**: Discriminação: Plano VGBL, tributação progressiva, na instituição financeira, Xavantes Seguros de Pessoas e Previdência SA, cujas contribuições foram efetuadas no valor de R$ 60.000,00;
  - ✓ **Campo**: Situação: 31/12/2017: 60.000,00; 31/12/2018: 0,00

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454





- **Neste exemplo, um contribuinte do imposto de renda efetuou resgate com aplicação acima de 10 (dez) anos, sendo que no ano-calendário 2018 o mesmo recebeu o informe de rendimentos para fins da declaração de ajuste anual, com a rubrica plano VGBL, tributação regressiva, com rendimentos sujeitos à tributação exclusiva/definitiva no valor de R$ 100.000,00, cuja aplicação foi no valor de R$ 60.000,00 e o rendimento foi no valor de R$40.000,00 e um imposto retido,**

calculado sobre o valor do rendimento à alíquota de 10%, no valor de R$ 4.000,00.

- **DECLARAÇÃO SIMPLIFICADA**

  - **TABELA REGRESSIVA DO IR ADMINISTRADA PELA SRFB**
    - ✓ Mais de 10 anos - 10%

  - **PLANO VGBL TRIBUTAÇÃO REGRESSIVA**:

    - ✓ Total do Resgate – R$ 100.000,00
    - ✓ Rendimento tributável - R$ 40.000,00
    - ✓ Imposto de Renda na Fonte - IRF (10%) – R$ 4.000,00.
    - ✓ O contribuinte ao efetuar a declaração é importante observar os informes de rendimentos encaminhados pelas instituições financeiras que constam especificados os valores com os lançamentos nas rubricas da movimentação específica do plano optado, tais como: rendimentos tributáveis, rendimentos sujeitos à tributação exclusiva, bens e direitos, entre outras informações.
    - ✓ Vale esclarecer que, além do rendimento da previdência complementar, havendo por parte do contribuinte outro rendimento, o mesmo deverá na Declaração de Ajuste Anual efetuar o respectivo lançamento no quadro específico.

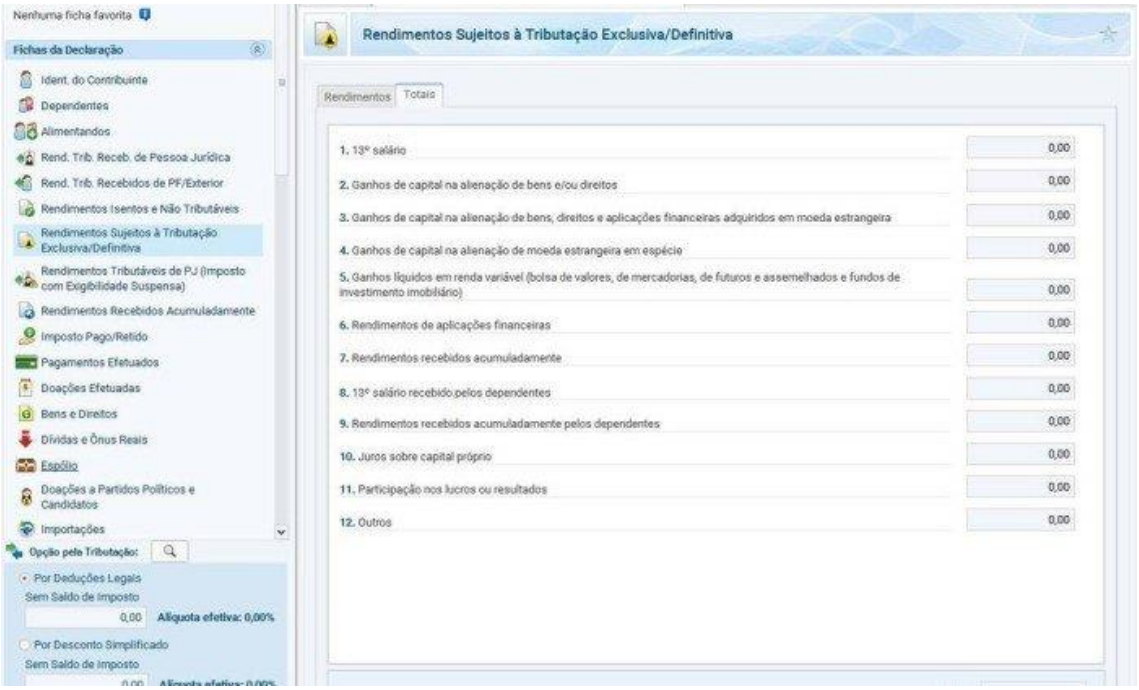
- **VALOR LÍQUIDO RECEBIDO PELO CONTRIBUINTE DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**
  - ✓ R$ 40.000,00*10% = (R$ 4.000,00) = R$ 36.000,00 + R$ 60.000,00 = R$ 96.000,00

- **PASSO A PASSO PARA LANÇAMENTO NA DIRPF**

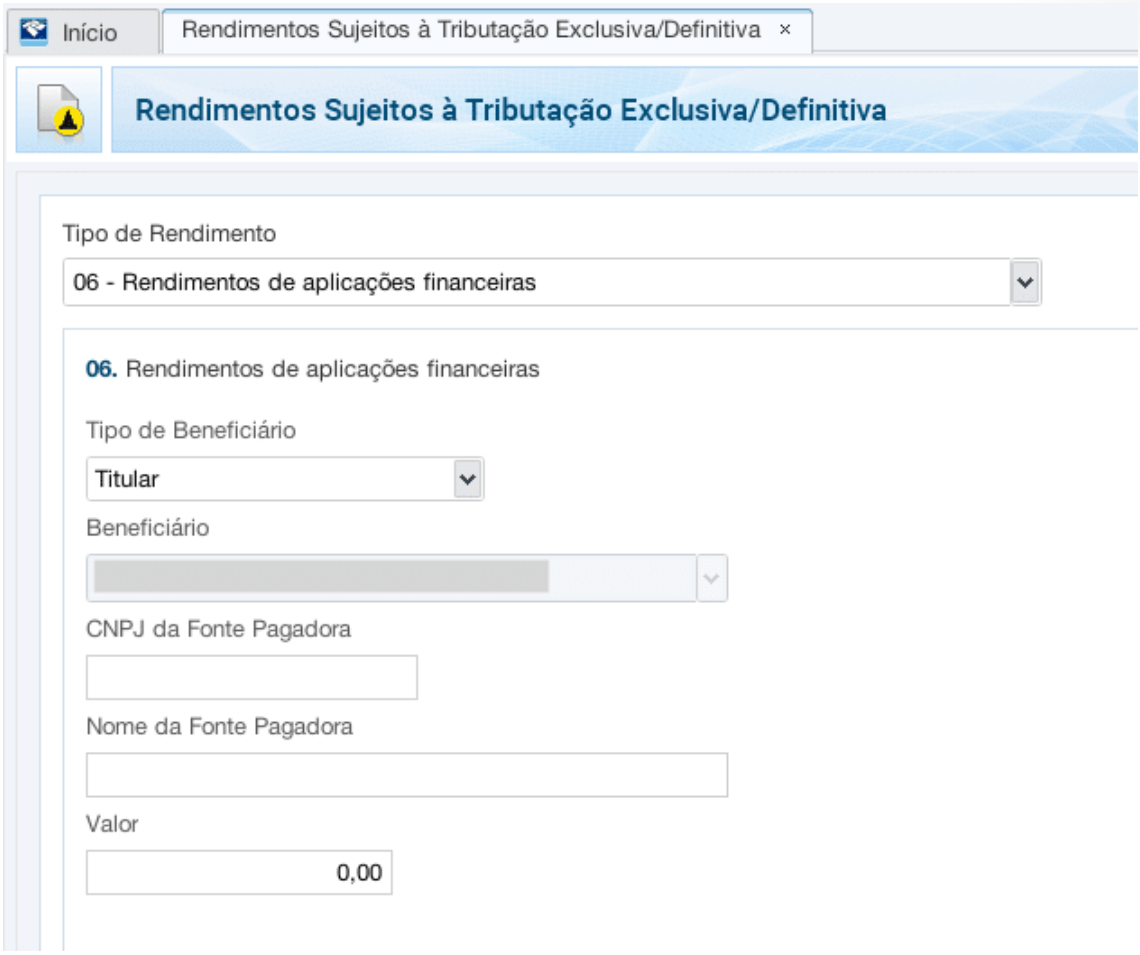
  - **RENDIMENTOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA/DEFINITIVA**
    - ✓ **Campo**: Tipo de rendimento: 12 - Outros;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- ✓ **Campo**: Tipo de beneficiário: Titular;
- ✓ **Campo**: Beneficiário: João Brasileiro da Silva;
- ✓ **Campo**: CPF/CNPJ da Fonte Pagadora: 00.000.000/0001-00;
- ✓ **Campo**: Nome da Fonte Pagadora: Xavantes Seguros de Pessoas e Previdência SA;
- ✓ **Campo**: Descrição: Resgate de Plano VGBL – Regime Regressivo;
- ✓ **Campo**: Valor: 100.000,00.



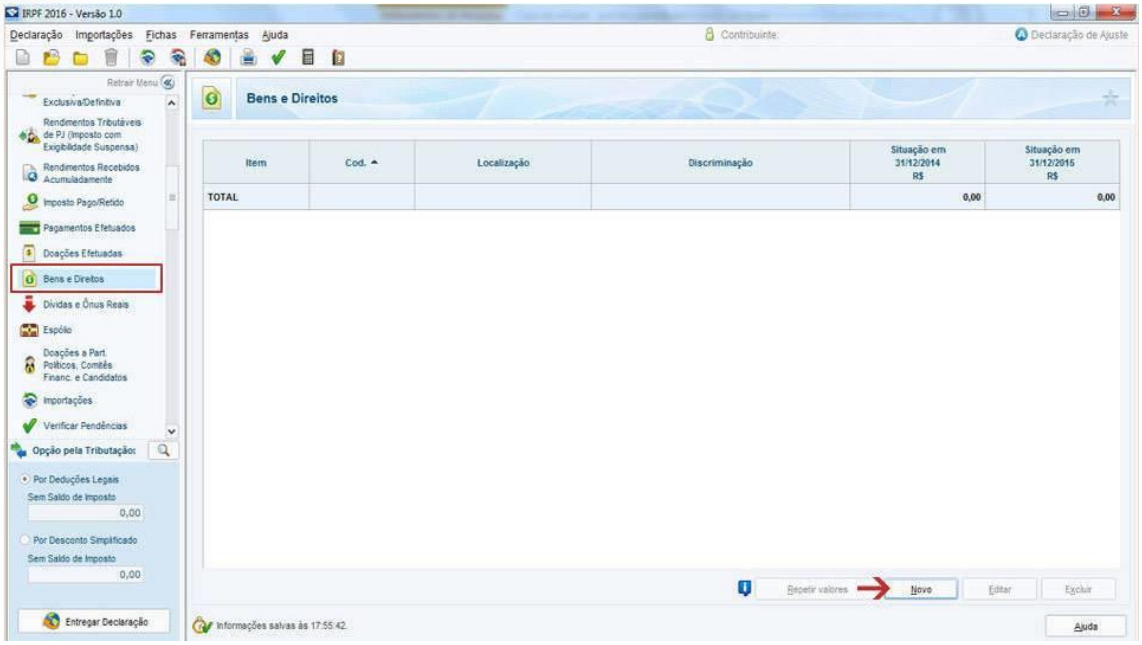
Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

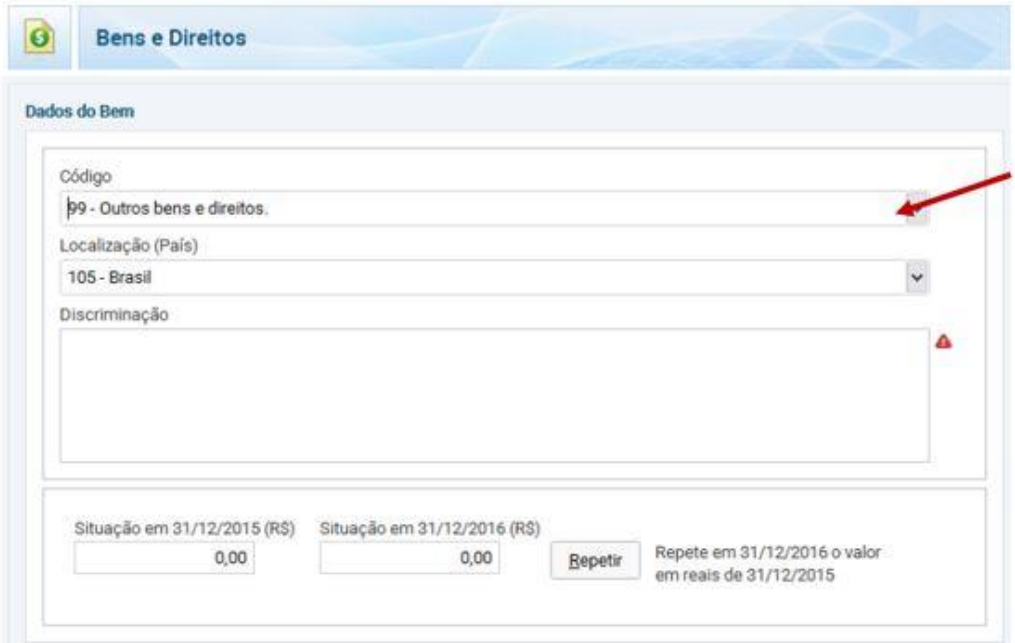


- **BENS E DIREITOS**
  - ✓ **Campo**: Código:97 – VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre;
  - ✓ **Campo**: Localização (País): Brasil;
  - ✓ **Campo**: CNPJ: 00.000.000/0001-00;
  - ✓ **Campo**: Discriminação: Plano VGBL, tributação regressiva, na instituição financeira, Xavantes Seguros de Pessoas e Previdência SA, cujas contribuições foram efetuadas no valor de R$60.000,00;
  - ✓ **Campo**: Situação: 31/12/2017: 60.000,00; 31/12/2018: 0,00

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454





- **Neste exemplo, um contribuinte do imposto de renda efetuou resgate no ano-calendário 2018 e recebeu o informe de rendimentos tributáveis para fins da declaração de ajuste anual, com a rubrica plano PGBL, tributação progressiva, no valor de R$ 100.000,00, sendo que a aplicação foi no valor de R$ 60.000,00 e o rendimento foi no valor de R$ 40.000,00 e um imposto retido, calculado sobre o rendimento à**

alíquota de 15%, no valor de R$15.000,00. Na modalidade de tributação PGBL, tributação progressiva o contribuinte utilizará o beneficio fiscal de 12%, calculado sobre o rendimento tributável, bem como os descontos previstos no RIR/2018.

- **DECLARAÇÃO COMPLETA**

  - **DEDUÇÕES DO IRPF ADMINISTRADAS PELA SRF**
    - ✓ Tabela Progressiva: R$10.432,32

  - **PLANO PGBL TRIBUTAÇÃO PROGRESSIVA**:
    - ✓ Total do Resgate – R$ 100.000,00
    - ✓ Imposto de Renda na Fonte - IRF (15%) – R$ 15.000,00.

  - **DESCONTOS PREVISTOS NO REGULAMENTO DO IRPF**

    - ✓ Benefício Fiscal Plano PGBL (12%): R$ 100.000,00*12% = R$12.000,00
    - ✓ Plano de Saúde dos Tupiniquins: R$ 1.000,00
    - ✓ Despesas Médicas: R$ 2.000,00
    - ✓ Total dos descontos: R$ 15.000,00

  - **CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO**
    - ✓ Base de Cálculo (1): R$ 100.000,00 – R$ 15.000,00 = R$85.000,00

  - **CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO TABELA PROGRESSIVA**
    - ✓ R$ 85.000,00 x 27,5/100 = R$ 23.375,00 – R$ 10.432,32 = R$12.942,68
    - ✓ Imposto Devido (2): R$ 12.942,68
    - ✓ IRPF pago na Fonte: R$ 15.000,00
    - ✓ IR a ser Restituído: R$ 2.057,32

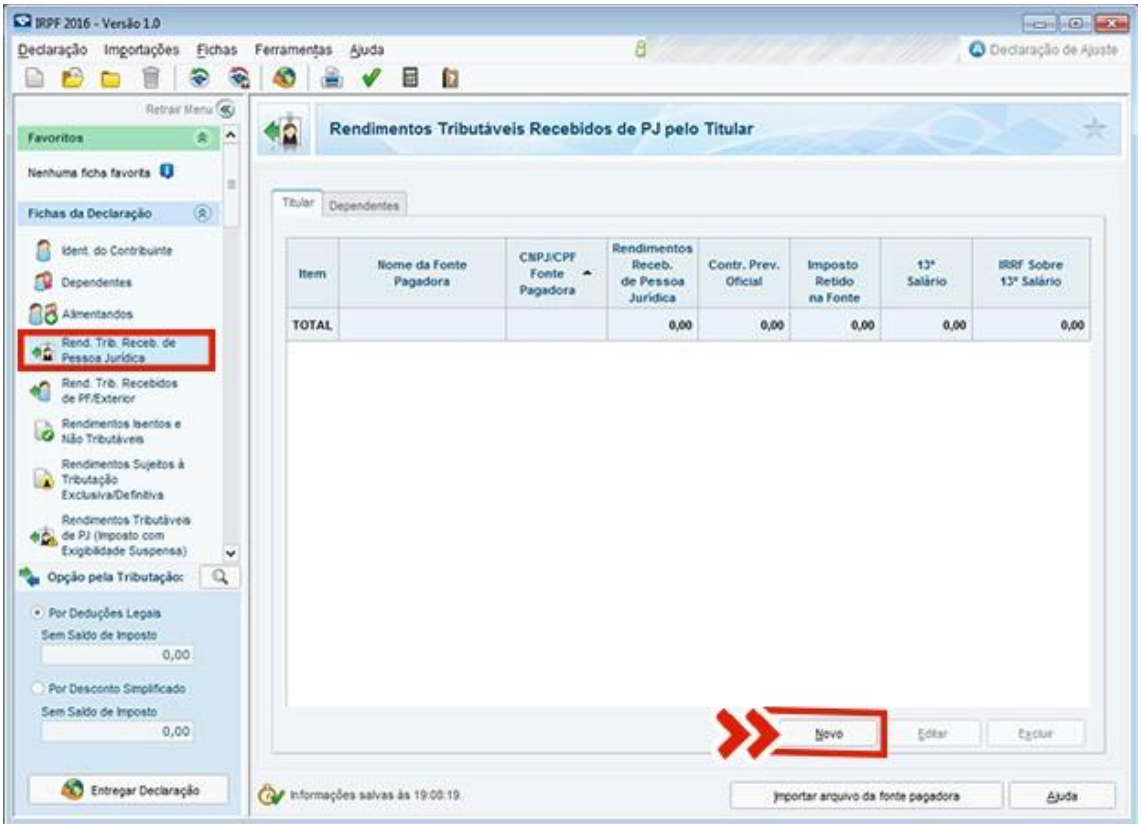
- **VALOR LÍQUIDO RECEBIDO PELO CONTRIBUINTE DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

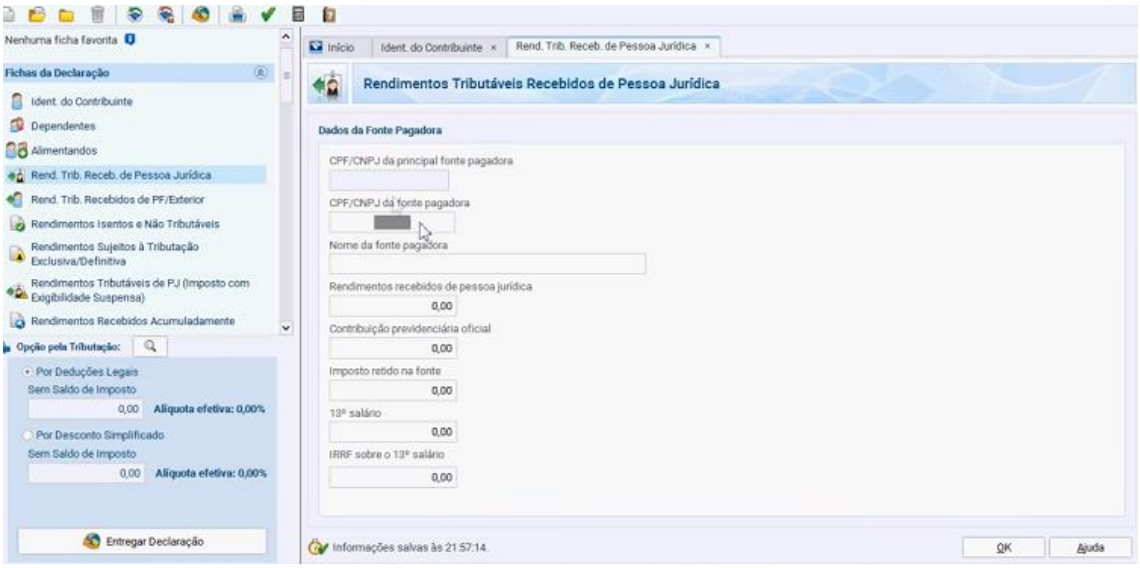
Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

✓ R$ 100.000,00*15% = (R$ 15.000,00) = R$ 85.000,00

➢ PASSO A PASSO PARA LANÇAMENTO NA DIRPF



- **RENDIMENTOS TRIBUTÁVEIS RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA**
  - ✓ **Campo**: CPF/CNPJ da principal fonte pagadora, preencher o nº do CNPJ da instituição financeira: 00.000.000/0001-00;
  - ✓ **Campo**: Nome da fonte pagadora: Xavantes Seguros de Pessoas e Previdência SA;
  - ✓ **Campo**: Rendimentos recebidos de pessoa jurídica: 100.000,00;
  - ✓ **Campo**: Contribuição previdenciária oficial: deixar em branco;
  - ✓ **Campo**: Imposto retido na fonte: 15.000,00;
  - ✓ **Campo**: 13º salário: deixar em branco;
  - ✓ **Campo**: IRRF sobre 13º salário: deixar em branco.



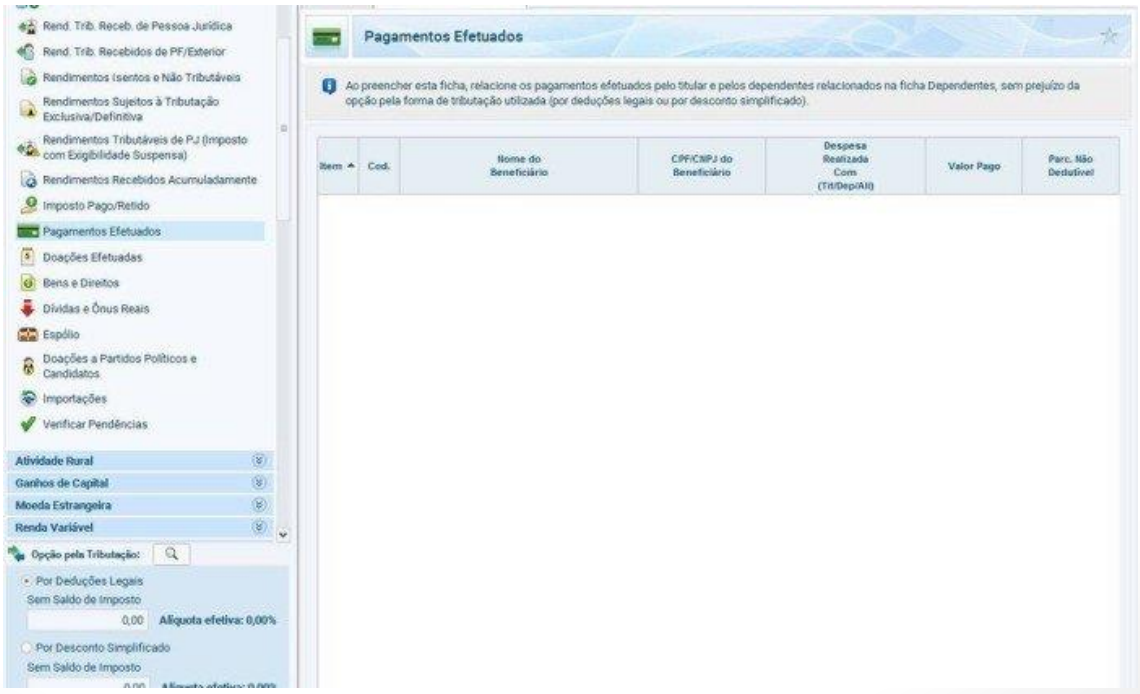
- **PAGAMENTOS EFETUADOS**

Campo: Código: 36- Previdência Complementar;

Campo: Despesa realizada com: Titular;

Campo: CNPJ da entidade de previdência complementar/sociedade seguradora: 00.000.000/0001-00;

Campo: Valor pago: 100.000,00



Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FONTE: UNIMED SEGURADORA

- **Neste exemplo, um contribuinte do imposto de renda efetuou resgate com aplicação acima de 10 (dez) anos, sendo que no ano-calendário 2018, ele recebeu o informe de rendimentos para fins da declaração de ajuste anual, com a rubrica plano PGBL, tributação regressiva, com rendimentos sujeitos à tributação exclusiva/definitiva no valor de R$ 100.000,00, cuja aplicação foi no valor de R$ 60.000,00 e o rendimento foi no valor de R$40.000,00 e um imposto retido, calculado sobre o valor total à alíquota de 10%, no valor de R$ 10.000,00.**

➢ **DECLARAÇÃO COMPLETA**

- **TABELA REGRESSIVA DO IR ADMINISTRADAS PELA SRFB**
  - ✓ Mais de 10 anos - 10%

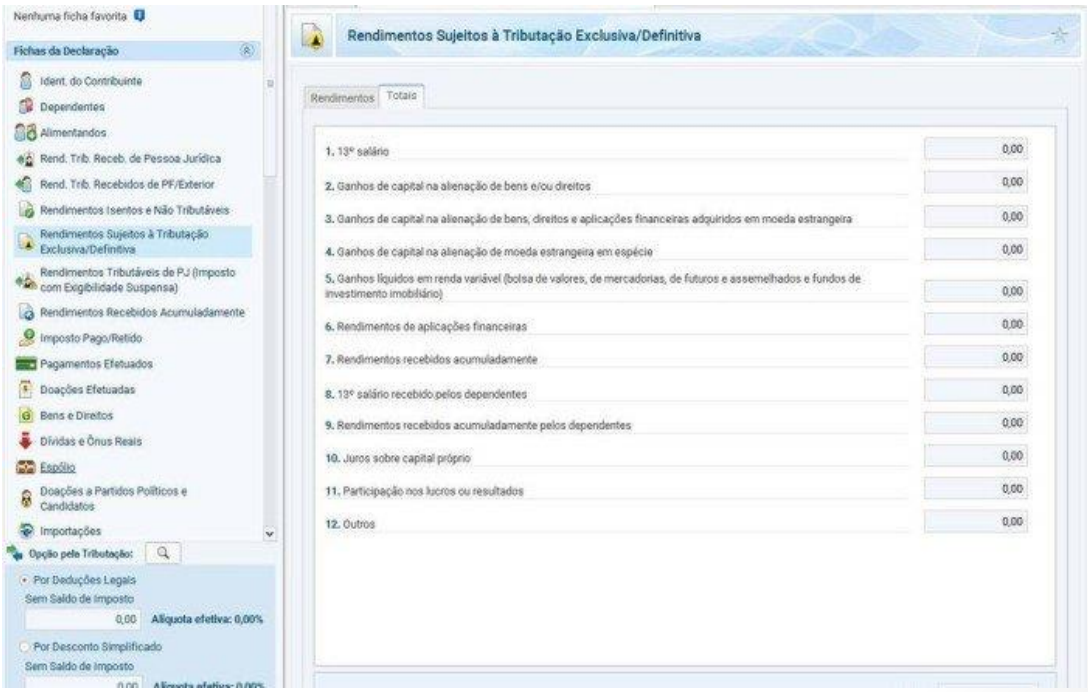
- **PLANO PGBL TRIBUTAÇÃO REGRESSIVA**:

  - ✓ Total do Resgate – R$ 100.000,00
  - ✓ Imposto de Renda na Fonte - IRF (10%) – R$ 10.000,00.
  - ✓ Vale esclarecer que, além do rendimento da previdência complementar, havendo por parte do contribuinte outro rendimento, este deverá na Declaração de Ajuste

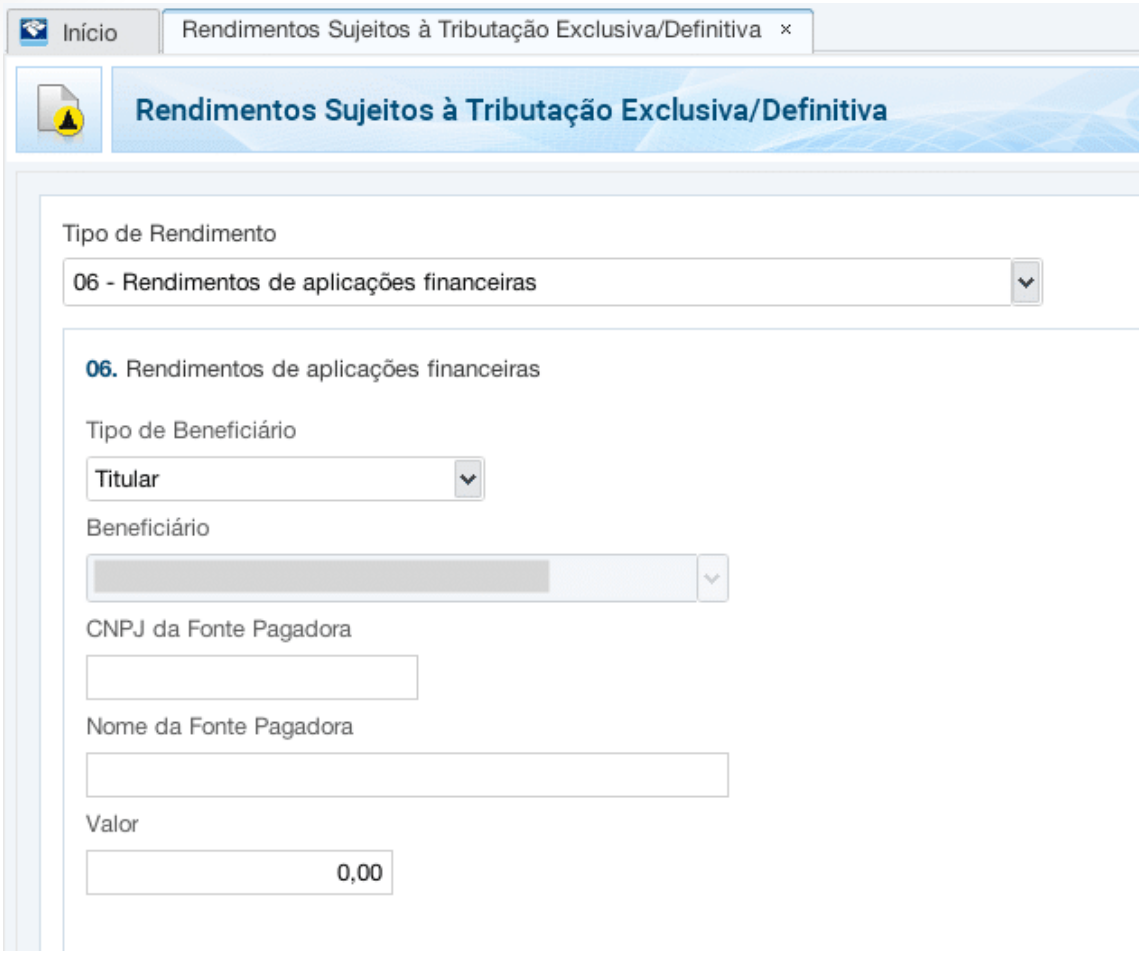
Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Anual efetuar o respectivo lançamento no quadro específico.

- **VALOR LÍQUIDO RECEBIDO PELO CONTRIBUINTE DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**
  - ✓ R$ 100.000,00*10% = (R$ 10.000,00) = R$ 90.000,00
- **PASSO A PASSO PARA LANÇAMENTO NA DIRPF**
  - **RENDIMENTOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA/DEFINITIVA**
    - ✓ **Campo**: Tipo de rendimento: 12 - Outros;
    - ✓ **Campo**: Tipo de beneficiário: Titular;
    - ✓ **Campo**: Beneficiário: João Brasileiro da Silva;
    - ✓ **Campo**: CPF/CNPJ da Fonte Pagadora: 00.000.000/0001-00;
    - ✓ **Campo**: Nome da Fonte Pagadora: Xavantes Seguros de Pessoas e Previdência SA;
    - ✓ **Campo**: Descrição: Resgate de Plano PGBL – Regime Regressivo;
    - ✓ **Campo**: Valor: 100.000,00.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454



Por outro lado, existem situações em que no plano PGBL ou VGBL poderão ocorrer as isenções previstas em lei, por exemplo, no caso de pecúlio por morte pago de uma só vez aos beneficiários em caso do participante portador de moléstia grave, ocasião em que a instituição da previdência privada deverá emitir o Comprovante de Rendimentos para fins do IRPF, no campo de rendimentos isentos e não tributáveis.

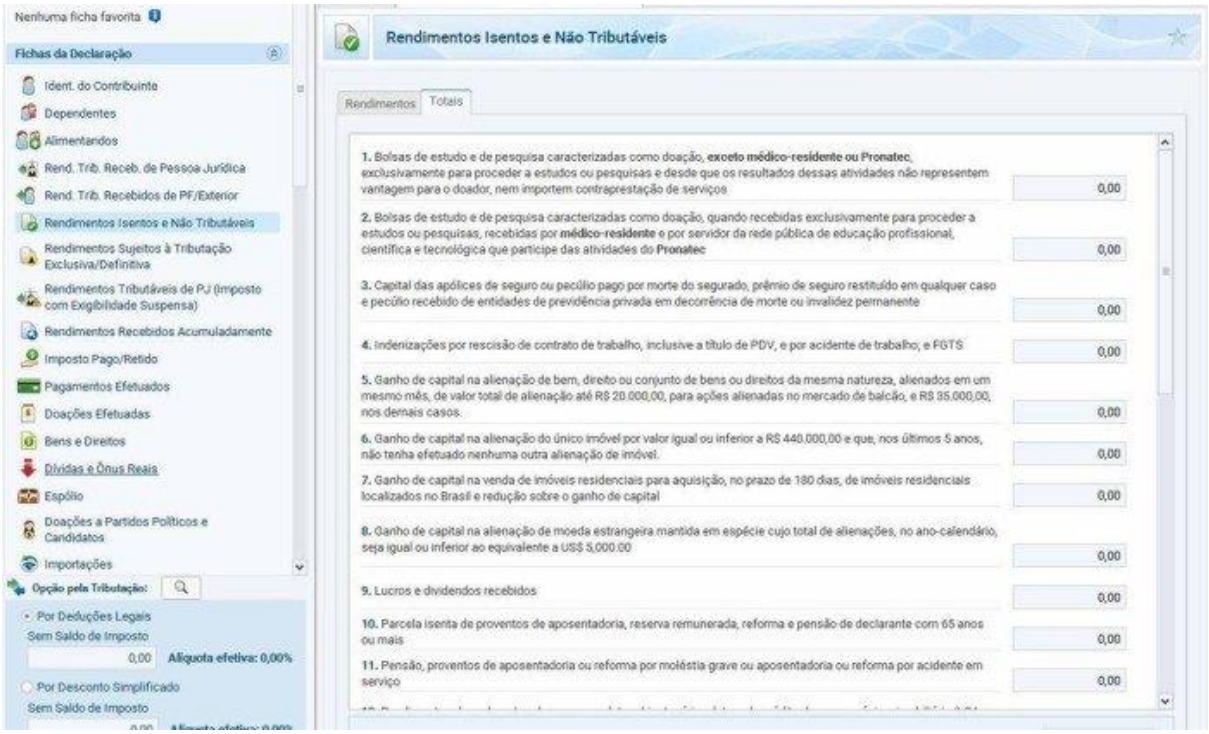
Por essas razões, ao contribuinte que receber o rendimento como isento e não tributável recomenda-se utilizar a Declaração Simplificada43, pois as

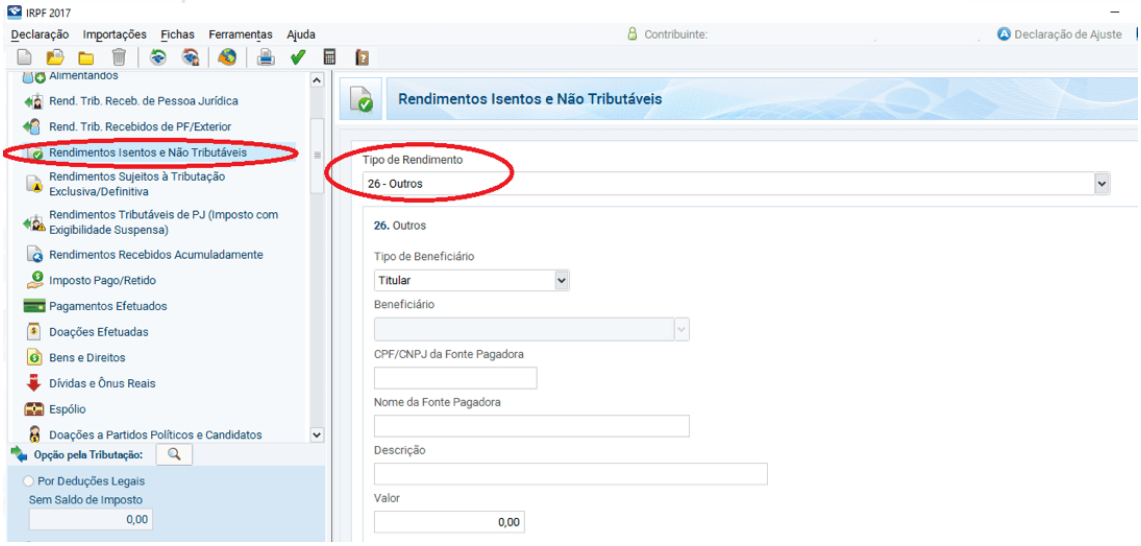
43 RODRIGUES, Juliano José. **A tributação incidente sobre a previdência privada**. In. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, nº 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 19/4/2019. O autor esclarece:

"O plano na modalidade VGBL, por conseguinte, é indicado, por suas características, às pessoas que utilizam a Declaração do Imposto de Renda no Formulário Simplificado. O formulário simplificado não permite deduções, porém, oferece uma dedução legal, fixa na porcentagem de 20% sobre os rendimentos brutos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

deduções não são permitidas; por esse motivo, é desnecessário utilizar o modelo completo, exceto caso haja outro rendimento que seja tributável.





anuais do contribuinte. Usualmente utilizada por contribuintes de faixa de rendimento inferior , ou então, por quem tenha rendimento superior, porém não possua despesas a serem deduzidas. É aconselhável também para os contribuintes isentos de Imposto de Renda, pois em nada adiantaria, deduzir valores em suas Declarações, haja vista não terem imposto a pagar ou a restituir para se beneficiarem."

Em relação ao exemplo hipotético demonstrado anteriormente nosso objetivo foi mostrar ao leitor os mecanismos de cálculos e os respectivos lançamentos nas declarações do imposto de renda de ajuste; a seguir demonstraremos os prós e contras sobre os planos nas modalidades VGBL e PGBL.

Portanto, a fim de que os leitores possam melhor efetuar suas análises críticas neste trabalho discorremos de maneira pormenorizada sobre as modalidades dos planos PGBL e VGBL comparando a utilização e as consequências dos referidos planos.

De fato, o PGBL, ao possibilitar abater até 12% da sua renda tributável como beneficio fiscal, estará reduzindo a sua base tributável de seu rendimento, exemplificando, caso tenha efetuado aportes no valor de R$ 12.000,00 até o dia 31 de dezembro e tenha uma renda tributável anual de R$ 100.000,00, podendo abater da Declaração de Ajuste Anual o valor dos aportes, resultando um valor tributável efetivo no exercício de R$ 88.000,00.

Assim, ocorrerá o diferimento, isto é, o pagamento do imposto quando da realização do resgate, imposto de renda que incidirá numa base de cálculo com valor acumulado.

Por esses motivos, o PGBL em relação à tabela de tributação apresenta duas faces de uma mesma moeda, podendo ser progressiva ou regressiva. A primeira é mais interessante no caso de se resgatarem valores menores ou de se efetuarem aportes num prazo curto limitado em 12% da renda tributável anual, além da elevada carga tributária que poderá onerar o orçamento.

Já a segunda aplica-se a tabela de tributação regressiva para fins de resgates no longo prazo, visando à aposentadoria do trabalhador, por exemplo, acima de dez anos de tempo do contrato de adesão com a empresa de previdência privada, o imposto de renda sobre o resgate terá a alíquota de 10% sobre o valor dos aportes acrescidos dos rendimentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda, nesse contexto, conforme já mencionamos, é oportuno mostrar ao leitor que a SRFB reconhece por meio da Solução de Consulta Cosit nº 152/2016 a isenção do IRPF para os portadores de doenças graves44 que possuem contratos com empresa da previdência complementar na modalidade de plano PGBL.

Entretanto, não reconhece para fins de isenção a modalidade de plano VGBL, por entender que ele não é um plano de previdência complementar por se enquadrar no ramo de seguro de pessoas; sujeitando-se ao imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual, o lançamento do rendimento deverá ser efetuado no quadro "Rendimentos Sujeitos à Tributação Exclusiva/Definitiva", mesmo que o beneficiário de tais rendimentos seja portador de moléstia grave.

Não obstante, além dos aspectos que citamos sobre o direito da isenção do imposto de renda como portador de doenças graves em relação aos rendimentos da previdência complementar, como foi mostrado neste trabalho, vale mencionar que a isenção do imposto de renda está prevista na jurisprudência, bem como nas próprias normas da SRFB.

De fato, a respeito dos direitos da isenção do imposto de renda como portador de doença grave nos rendimentos sobre a previdência complementar, além daqueles já mencionados no RIR, aprovado pelo Decreto nº 3000/1999, atualmente revogado pelo Decreto nº 9.580/2018, é do nosso conhecimento que a Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49, em relação ao direito da isenção do IRPF concedida aos portadores de doenças graves, faz distinções.

44 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Isenção do IRPF nas doenças graves na atividade, inatividade e na previdência complementar**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, nº 5243, 8/11/2017. Disponível em: https://jus.com.br. Acesso em: 10/11/2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De maneira que o portador de doenças graves do Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) tem direito a isenção e aquele portador da moléstia grave, com Plano Vida Geradores de Benefício Livre (VGBL) não tem direito a isenção, aliás, instituindo a figura bizarra45 do contribuinte "meio-portador de moléstia grave" os quais são existentes no meio jurídico em relação ao portador de doenças graves, onde num determinado momento ele é sadio e não tem direito a isenção, por sua vez, em outro momento ele é portador da moléstia grave e tem direito a isenção. Aliás, parafraseando o saudoso Alfredo Augusto Becker46, estamos diante de um "Manicômio Previdenciário".

---

45 BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Embargos infringentes não providos. Acórdão nº 2009.33.00.009545-1/BA com Certidão de Trânsito em Julgado de 8/5/2013. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Edson Sebastião de Almeida. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília (DF), DJe de 7 de fevereiro de 2013, p. 1023. Disponível em: <http://www.trf.jus.br.> Acesso em: 27 de novembro de 2013:

Não fosse epidérmico aquilatar que, em qualquer caso, a moléstia induz perda ou redução da capacidade contributiva, o ser humano e a patologia que porventura lhe acometa, frise-se, não são entes dicotômicos ou estanques (há, no todo, um só alguém gravemente adoecido), sendo inimaginável crer em contribuinte que, para fins tributários, se possa separar em "sadio para fins de rendimentos ativos" e, simultaneamente, "doente quanto a proventos": **não se pode conceber tal monstruosidade, que atenta contra a própria gênese do conceito holístico de saúde integral**, que envolve o direito à vida, à consciência, à crença, à honra, à imagem, à intimidade, itens que não se podem fictamente seccionar. Normas jurídicas nascem para pacificar o tecido social, não para causar estupor nem sensação de abandono.

Aludido quadro exige o mesmo tratamento jurídico, pois **a doença grave (com as conseqüentes perda ou redução da capacidade tributária) é a nota da isenção** sobre os "rendimentos" (da inatividade e da inatividade) notadamente se o contribuinte (com vínculo de atividade salarial) já se encontra aposentado (exemplo dos autos): não há sentido lógico-jurídico (nem ético) em afastar o tributo sobre proventos e, entretanto, mantê-lo sobre o salário, instituindo a figura bizarra do contribuinte "meio-portador de moléstia grave" ou o instituto bisonho dos "salários que não são rendimentos". As normas jurídicas não podem conduzir a absurdos de ordem prática, tanto mais quando há duas leituras possíveis da isenção, uma mais evidente/exata (que adoto) e outro, fundada em interpretação "restritiva" (não "exata")

46 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1988, p. 47, 1998. O saudoso tributarista, sobre o manicômio jurídico-tributário, explica:

"[....]

Ora, as circunstâncias foram favorabilíssimas, até inevitáveis, para a utilização, pelo Direito Tributário, das palavras (linguagem) da Economia Política e Ciência das Finanças Públicas. Exemplos de tais palavras: incidência, contribuinte, tributo, fato gerador, taxa, imposto, contribuição, capacidade contributiva, responsável do imposto, obrigação tributária, base imponível, lançamento, e tantas outras. Infelizmente o Direito Tributário alimentou-se delas até à indigestão disto não tem culpa sua natureza voraz, mas a circunstância favorabilíssima (uma espécie de permanente ocasião próxima de pecado de gula) que há vários séculos existe e que muitos doutrinadores do Direito Tributário insistem e estimular.

De fato, a Solução de Consulta, inclusive fundamentada pelo Regulamento do Imposto de Renda, não deixa dúvidas sobre a isenção do IRPF para os portadores de doenças graves que possuem contratos com empresa da previdência complementar, isto é, na modalidade de plano PGBL.

Todavia, não reconhece para fins de isenção a modalidade de plano VGBL47, por se enquadrar no ramo de seguro de pessoas, por isso, sujeitando-se ao imposto de renda na fonte, mesmo que o beneficiário dos rendimentos do citado plano seja portador de moléstia grave, senão vejamos:

> Assim, uma vez que os dispositivos legais que tratam de isenção devem ser interpretados literalmente, verifica-se que os portadores de moléstia grave são isentos do imposto sobre a renda apenas dos proventos de aposentadoria, reforma ou pensão (exceto os valores recebidos a título de pensão decorrentes de moléstia profissional) e suas respectivas complementações (recebidas de entidades de previdência privada), sendo que, conforme demonstrado anteriormente, o VGBL não é um plano de previdência complementar por se enquadrar no ramo de seguro de pessoas.

Nesse contexto, a Solução de Consulta da Cosit tem efeito vinculante, o que vale mencionar que suas normas se aplicam às demais previdências complementares. Além do mais, o ato administrativo da espécie normativa, denominado Solução de Consulta, tem força regulamentar, considerando suas qualidades jurídicas, tais como presunção de legitimidade, imperatividade, coercibilidade e executoriedade.

Esta, precisamente esta, é a causa da contaminação da atitude mental jurídica que conduz ao manicômio jurídico-tributário."

47 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016**, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br. Acesso em: 3/9/2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Também, a Instrução Normativa RECEITA FEDERAL DO BRASIL – RFB nº 1.434, de 30/12/2013, publicada no DOU de 02/01/201448, estabelece que a Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência têm efeito vinculante no âmbito da RFB, senão vejamos:

> Art. 1º Os arts. 3º, 8º, 9º, 15, 23, 25 e 27 da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> [...]
>
> "Artigo 9º A Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consulente, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento."

Desse modo, a Coordenação-Geral de Tributação, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio da referida Solução de Consulta nº 152 da Cosit, de 31/10/201649, concluiu:

> Diante do exposto, proponho que a presente consulta seja solucionada informando-se à consulente que:
>
> a) Em razão da interpretação literal a que se sujeita a legislação que trata de isenção, apenas os rendimentos relativos a proventos de aposentadoria, reforma ou pensão e suas respectivas complementações, tais como as dos Planos Geradores de Benefício Livre (PGBL), recebidos por portadores de moléstia grave, são isentos do imposto sobre a renda. Os

48 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Instrução Normativa RFB nº 1434, de 30 de dezembro de 2013**, publicada no DOU de 2 de janeiro de 2014, seção 1, página 8. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br. Acesso em: 20/9/2017.

49 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br. Acesso em: 3/9/2017.

> rendimentos decorrentes de VGBL sujeitam-se ao imposto sobre a renda, na fonte e na declaração de ajuste anual, mesmo que o beneficiário de tais rendimentos seja portador de moléstia grave.
>
> b) Por força de disposição contida nos incisos I e II, art. 18, da Instrução Normativa RFB nº 1.396/2013, é ineficaz a consulta no que se refere ao questionamento sobre o preenchimento da Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte-DIRF, por se tratar de questão eminentemente procedimental e por não indicar os dispositivos da legislação tributária sobre cuja aplicação há dúvidas.

Da mesma forma, a exemplo de outras normas editadas pela SRFB, o referido órgão tem editado durante décadas sobre a isenção do imposto de renda relacionada aos rendimentos recebidos, inclusive sobre a complementação da aposentadoria, reforma ou pensão por portadores de doenças graves, conforme poderá ser constatado na Instrução Normativa RFB nº 150050, de 30/10/2014, senão vejamos:

> [...]
>
> CAPÍTULO III
>
> DOS RENDIMENTOS ISENTOS OU NÃO TRIBUTÁVEIS
>
> **Seção I**
>
> **Dos Rendimentos Originários do Trabalho e Assemelhados**
>
> Art. 5º São isentos ou não se sujeitam ao imposto sobre a renda, os seguintes rendimentos originários do trabalho e assemelhados:
>
> I – [...]
>
> X - contribuições para Plano de Poupança e Investimento (Pait), cujo ônus tenha sido do empregador, em favor do participante;
>
> XI - contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência complementar em favor de seus empregados e dirigentes;

50 BRASIL. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. **Instrução Normativa RFB nº 1500, de 29/10/2014**, publicada no DOU de 30/10/2014, seção 1, página 57. Dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

XII - contribuições pagas pelos empregadores relativas ao Fundo de Aposentadoria Programada Individual (Fapi), destinadas a seus empregados e administradores, a que se refere a Lei nº 9.477, de 24 de julho de 1997;
[...]

Seção II
Dos Rendimentos Pagos por Previdências

Art. 6º São isentos ou não se sujeitam ao imposto sobre a renda, os seguintes rendimentos originários pagos por previdências:
I - os provenientes de aposentadoria e pensão, de transferência para a reserva remunerada ou de reforma pagos pela Previdência Social da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, por qualquer pessoa jurídica de direito público interno ou por entidade de previdência complementar, a partir do mês em que o contribuinte completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, até o valor mensal constante das tabelas do Anexo I a esta Instrução Normativa, observado o disposto nos §§ 1º a 3º, aplicando-se as tabelas progressivas do Anexo II a esta Instrução Normativa sobre o valor excedente;
II – proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos por pessoas físicas com moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida (Aids), e fibrose cística (mucoviscidose), comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial no caso de moléstias passíveis de controle, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma, observado o disposto no § 4º;(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1756, de 31 de outubro de 2017)
III - valores recebidos a título de pensão, quando o beneficiário desse rendimento estiver acometido de doença relacionada no inciso II do caput, exceto a decorrente de

> moléstia profissional, comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial no caso de moléstias passíveis de controle, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da concessão da pensão, observado o disposto no § 4º;(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1756, de 31 de outubro de 2017)

Por sua vez, a Instrução Normativa nº 1.75651, de 31/10/2017, alterou a Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, notadamente o art. 6º, inciso II, §4º, incisos II e III, que disciplinam sobre a isenção do imposto de renda nos rendimentos dos portadores de doenças graves, inclusive da complementação de aposentadoria, senão vejamos:

> [...]
> Art. 6º[...]
> II – proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos por pessoas físicas com moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida (Aids), e fibrose cística (mucoviscidose), comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial no caso de moléstias passíveis de controle, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma, observado o disposto no § 4º;
> III - valores recebidos a título de pensão, quando o beneficiário desse rendimento estiver acometido de doença relacionada no inciso II do caput, exceto a decorrente de

51 BRASIL. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. **Instrução Normativa RFB nº 1756, de 31/10/2017**, publicada no DOU de 06/11/2017, seção 1, página 74 Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, que dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> moléstia profissional, comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial no caso de moléstias passíveis de controle, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da concessão da pensão, observado o disposto no § 4º;
> [...]
> VI - pensão especial recebida por pessoa física com deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida", quando dela decorrente;
> [...]
>
> § 4º [...]
> [...]
> II - aos rendimentos recebidos acumuladamente por pessoa física com moléstia grave, desde que correspondam a proventos de aposentadoria, reforma ou pensão, ainda que se refiram a período anterior à data em que foi contraída a moléstia grave; e
> III - à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão recebida por pessoa física com moléstia grave.
> [...]
> § 5º [...]
> [...]
> II - a qualificação da pessoa física com moléstia grave;
> III - o diagnóstico da moléstia (descrição; CID-10; elementos que o fundamentaram; a data em que a pessoa física é considerada com moléstia grave, nos casos de constatação da existência da doença em período anterior à emissão do laudo);
> IV - caso a moléstia seja passível de controle, o prazo de validade do laudo pericial ao fim do qual a pessoa física com moléstia grave provavelmente esteja assintomática; e

No entanto, lamentavelmente temos conhecimento que instituição financeira de previdência complementar, bem como a própria SRFB, não observaram a Solução de Consulta Cosit nº 152/2016 e o próprio RIR/1999, mantidos no RIR/2018, sobre a isenção do IRPF, no que diz respeito aos rendimentos do Plano **PGBL,** dos

portadores de doenças graves52. Com isso, não observaram os direitos constitucionais à saúde em relação à dignidade da pessoa humana sobre o conceito holístico de saúde integral.

Reportando-nos sobre a reforma da Previdência, conforme a PEC nº 6/2019, é importante uma reflexão de todos em relação à previdência complementar, pois constatamos que o sistema atual é complexo, também sendo que algumas instituições do serviço público possuem a referida previdência, enquanto o setor privado não oferece aos empregados o referido benefício, com algumas exceções.

De fato, a PEC prevê sobre títulos de capitalização53 para fins de aposentadoria, atualmente com tributação à alíquota de 30%, com rendimentos sujeitos a tributação exclusiva/definitiva, código 49.

---

52 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL. **Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, publicada no DOU de 23 de dezembro de 1988**. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília (DF). Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2017. A isenção está prevista no art. 6º, inciso XIV, que estabelece:

"Art. 6º - Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

I – [....]

XIV – Os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníese, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;"

53 MIXVALE. Tudo sobre o Regime de Capitalização da aposentadoria no INSS na Reforma da Previdência Social. Disponível em: https://www.mixvale.com.br. Acesso em: 14/4/2019. No artigo o item 2, esclarece:

"2. Vai ser obrigatório para todo mundo?

Não há detalhes do projeto do governo, mas o mais provável é que seja obrigatório apenas para novos contribuintes, e apenas a partir de um teto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, observamos que durante décadas os formatos previdenciários e tributários do país ficaram nas amarras de um lado pelo poder do Estado, por outro lado, pelo poder econômico. Diante disso, caso a Reforma da previdência que tramita no Congresso Nacional não seja modificada em beneficio do trabalhador, este continuará presenciando um "Manicômio Previdenciário".

5 – CONCLUSÃO

Neste trabalho, nosso objetivo foi mostrar a elevada carga tributária na incidência do IR de maneira geral, bem como nos planos da previdência complementar, constantes nas tabelas progressivas e regressivas dos planos PGBL e VGBL e sobre a isenção do IRPF, concedida aos portadores de doenças graves, direito dos aposentados, pontos principais e polêmicos da PEC nº 06/2019, formato previdenciário do País, com enfoque diferente de outras obras com quais seus notáveis autores nos proporcionaram verdadeiras aulas de direito previdenciário e tributário.

Ainda, procuramos mostrar no núcleo do tema no que diz respeito ao surgimento nos tribunais do País da reaposentação depois do fracasso da desaposentação no Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão realizada em 26/10/2015.

Também, a fim de dar ao leitor uma melhor compreensão sobre os Planos PGBL e VGBL e a hipótese de incidência tributária do Imposto de Renda nos rendimentos da previdência complementar, mostramos por meio de exemplos

Essas são as recomendações de especialistas na área e estão nas duas propostas de reforma enviadas ao governo com projetos para o sistema de capitalização.

Na proposta da Fipe, o sistema seria obrigatório para quem ganha acima de R$2.200 (valores de 2018).

Na proposta de Paulo Tafner, para quem ganha a partir de R$3.952 (valores de 2018)."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

hipotéticos os cálculos do imposto devido, carga tributária, valor líquido a receber nos resgates e o passo a passo para fins de lançamento na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física (DIRPF).

Por sua vez, procuramos mostrar ao leitor que a própria SRFB não observou a Solução de Consulta Cosit nº 152-Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49, e o próprio RIR/1999, mantidos no RIR/2018, sobre a isenção do IRPF, no que diz respeito aos rendimentos do Plano **PGBL,** dos portadores de doenças graves54, repetimos, não observaram os direitos constitucionais à saúde em relação à dignidade da pessoa humana sobre o conceito holístico de saúde integral.

Finalmente, recapitulamos as conclusões relacionadas à Previdência Complementar, no contexto previdenciário atual, e à tributação do imposto de renda, parte integrante do núcleo do tema do presente trabalho, a seguir:

1) Mostramos ao leitor no contexto atual que, por motivo de falta de consciência financeira dos governantes, não há nenhuma simetria na distribuição das rendas em relação aos valores determinados para fins da aposentadoria e do

54 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL. **Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, publicada no DOU de 23 de dezembro de 1988**. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília (DF). Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2017. A isenção está prevista no art. 6º, inciso XIV, que estabelece:

"Art. 6º - Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

I – [....]

XIV – Os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníese, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

princípio da progressividade para fins de tributos e, no que diz respeito ao imposto de renda, há uma extorsão ao contribuinte por parte do Poder Público pela defasagem na correção da tabela do IRPF, inclusive as deduções são subavaliadas.

2) Discorremos sobre o item Imposto de Renda a fim de que o leitor tenha uma melhor compreensão sobre o que está previsto na PEC nº 6/2019, no que diz respeito à previdência complementar e ao regime de capitalização na aposentadoria; por isso, mostramos que nos rendimentos na previdência complementar necessariamente os poupadores, para uma melhor escolha da instituição financeira, deverão ter conhecimento dos seguintes pontos: planos PGBL e VGBL, Tabela de tributação do imposto de renda progressiva e regressiva, taxa de administração, taxa de rentabilidade, taxa de carregamento, taxa de excedente financeiro, taxa de juros na conversão e taxa tábua atuarial.

3) Também mostramos que o imposto de renda tem uma complexidade, por um lado em decorrência das normas conflitantes, por outro, por serem estas injustas ante as medidas por aqueles que exorbitam de sua competência em legislar em beneficio do poder tributante; por esse motivo, procuramos mostrar alguns exemplos hipotéticos sobre os rendimentos na previdência privada dos planos PGBL e VGBL e a isenção do IRPF nos casos dos portadores de doenças graves, bem como os respectivos lançamentos nos campos específicos da Declaração do IRPF.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: conflitos das normas à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Isenção do IRPF nas doenças graves na atividade, inatividade e na previdência complementar**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, nº 5243, 8/11/2017. Disponível em: https://jus.com.br. Acesso em: 10/11/2017.

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Isenção do IRPF nas doenças graves na atividade, inatividade e na previdência complementar**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, nº 166, novembro2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 21/1/2018.

ANGHER, Anne Joyce. **VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO**. 19 ed. São Paulo: Rideel, 2014, pág. 24 - 43.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1988, p. 47, 1998.

BNDES. **Reforma previdenciária em 2019: elementos para tomada de decisão**. Disponível em: https://web.bndes.gov.br. Acesso em 24 de março de 2019.

BRASIL. **IMPOSTO DE RENDA: vale a pena usar o PGBL como benefício fiscal?** Disponível em: https://www.parmais.com.br. Acesso em: 15/02/2017.

BARROS, Rodrigo Costa de; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Desaposentação e a nova decisão do STF**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, nº 157, fevereiro 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 27/3/2019.

BRASIL. INSS, blog. **Teto Máximo INSS 2017: qual é o valor? Como conseguir?** Disponível em: https://inss.blog.br. Acesso em: 17 de setembro de 2017.

BRASIL. Ministério da Economia. **Correspondência EM nº 00029/2019 ME, de 20/2/2019, PEC Nº 6/20189**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 7 de abril de 2019.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Carta nº 25 MPS/SPS/CGLN, de 19 de outubro de 2007**, Brasília (DF), Coordenador-Geral, Jorceli Pereira de Sousa.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. **Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, publicado no DOU de 23 de novembro de 2018**. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 25 de novembro de 2018.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. **Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, publicada no DOU de 23 de dezembro de 1988**. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília (DF). Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

BRASIL. **PREVIDÊNCIA PRIVADA: PGBL permite dedução no Imposto de Renda**. Disponível em: http://www.economia.uol.com.br. Acesso em: 11/04/2017.

BRASIL. Previdência da República. **REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – PEC-6/2019**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 24 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Instrução Normativa RFB nº 1434, de 30 de dezembro de 2013, publicada no DOU de 2 de janeiro de 2014, seção 1, página 8**. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br. Acesso em: 20/9/2017.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49**. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br. Acesso em: 3/9/2017.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Instrução Normativa RFB nº 1500, de 29/10/2014**, publicada no DOU de 30/10/2014, seção 1, página 57. Dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Instrução Normativa RFB nº 1756, de 31/10/2017**, publicada no DOU de 06/11/2017, seção 1, página 74 Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, que dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas.

BRASIL, Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Solução de Consulta COSIT nº 280, de 2/6/2017**, publicada no DOU de 14/6/2017, Seção 1. Página 31.

BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física**. Disponível em: http://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR. Acesso em: 26/3/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão Recurso Extraordinário 661.256**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27 de março de 2019

CANELLA, Renata Brandão. **Reaposentação: esperança ou realidade?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, nº 5748, publicado em 28 de março de 2019. Disponível em: https://www.jus.com.br. Acesso em: 30/3/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Embargos infringentes não providos. Acórdão nº 2009.33.00.009545-1/BA com Certidão de Trânsito em Julgado de 8/5/2013. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Edson Sebastião de Almeida. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília (DF), DJe de 7 de fevereiro de 2013, p. 1023. Disponível em: <http://www.trf.jus.br.> Acesso em: 27 de novembro de 2013.

CAMPOS, Fernando. **Consciência Financeira**. Disponível em: https://books.google.com.br. Acesso em: 16 de setembro de 2017.

CARNEIRO, Thiago Rodrigo Alves. **Faixas Salariais x Classe Social – Qual a sua classe social?** Disponível em: https://www.thiagorodrigo.com.br. Acesso em: 11/3/2019.

FERREIRA, Antonio Airton. **Regulamento do Imposto de Renda1999, anotado e comentado**: atualizado até 30 de abril de 2010. Antonio Airton Ferreira, Elisabeth Lewandowski Libertuci, Fabio Rodrigues de Oliveira, Juliana M. O. Ono, Luiz Martins Valero, Marcos Shigueo Takata e Victor Hugo Isoldi de M Castanho. 13 ed. Volume 1. São Paulo: FISCOSoft, 2010, p. 112-193.

MIXVALE. **Tudo sobre o Regime de Capitalização da aposentadoria no INSS na Reforma da Previdência** Social. Disponível em: https://www.mixvale.com.br. Acesso em: 14/4/2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 542-547.

MOTA, Camila Veras. **Quatro pontos polêmicos da proposta de reforma da Previdência de Bolsonaro**. Disponível em: https://www.bbc.com. Acesso em: 25 de fevereiro de 2019.

GANDELMAN, Adriana. **Por quê "A Revolução dos Bichos" deveria ser leitura obrigatória em qualquer lugar do mundo?** Disponível em: www.obviousmag.org. Acesso em: 26/2/2019.

GENIAL INVESTIMENTOS. **Aposentadoria Privada x Aposentadoria Pública: entenda as diferenças**. Disponível em: https://blog.genialinvestimentos.com.br. Acesso em: 27/3/2019

IMENES, Martha. **Reforma da previdência reduz o valor da aposentadoria, publicado em 14 de abril de 2019**. Disponível em: https://odia.ig.com.br. Acesso em: 14/4/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PEIXOTO. Marcelo Magalhães. **Princípios fundamentais do imposto sobe a renda**. Disponível em: https://www.conjur.com.br. Acesso em: 26/3/2019.

RODRIGUES, Juliano José. **A tributação incidente sobre a previdência privada**. In. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, nº 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 19/4/2019.

SULAMÉRICA PREVIDÊNCIA. **Guia Completo para Declaração de Previdência no Imposto de Renda 2019**. Disponível em: http://www.sulamerica.com.br. Acesso em: 20/4/2019.

TORRES, Juliana. **Tabela progressiva ou regressiva? Entenda o regime de tributação dos planos de previdência complementar**. Disponível em: www.blog.bbprevidencia.com.br. Acesso em 17/4/2019.

WIKIPÉDIA. **Alice no País das Maravilhas**. Disponível em: https://www.pt.wikipedia.org. Acesso em: 26/2/2019.

WIKIPÉDIA. **Indenização compensatória**. Disponível em: https://pt..wikipedia.org. Acesso em: 24 de fevereiro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

EUTANÁSIA NO DIREITO PENAL.

ROQUE ORTIZ JUNIOR, o autor:
Advogado, graduado na Uniban, com escritório no centro de São Paulo com ramo no Direito Trabalhista.

RESUMO: Direito de morrer com dignidade, assim chamamos a eutanásia quando necessária e quando seja justificável. Sendo ela sempre associada à compaixão e pretensão de reduzir as dores e angustias sentido literal, mas sim como o objetivo dos médicos em salvar a vida desde que ela ainda possua dignidade e possa ser vivida com qualidade. Para tanto, tomaria como o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer-se uma reflexão ética sobre o sentido da vida e os valores que colidem ao abdicar se do direito de viver. Não é justo tentar salvar uma vida que todos sabem que não vai ser prazerosa nem para o enfermo, nem para sua família. Ambos viverão numa infindável angustia. De uma forma que se acaba o sofrimento desta pessoa que seja pela dignidade humana, seja pela dignidade de morrer.

Palavras-chave: Dignidade**;** Morrer**;** Direito**;** Família**;** Eutanásia**.**

ABSTRACT: Right to die with dignity, we call euthanasia when necessary and when it is justifiable. It is always associated with compassion and pretension to reduce pain and anguish, literal meaning, but rather as the goal of doctors to save life since it still has dignity and can be lived with quality. In order to do so, it would take as the principle of the dignity of the human person to make an ethical reflection on the meaning of life and the values that collide by giving up the right to live. It is not fair to try to save a life that everyone knows will not be pleasurable for either the sick or his family. Both will live in an endless anguish. In a way that ends the suffering of this person that is for human dignity, or for the dignity of dying.

***Key-words*:** Dignity; Die; Right; Family; Euthanasia.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1.1DIREITO À VIDA DIGNA. 1.1.1 Direito à morte digna. 2. CONCEITO DE EUTANÁSIA. 2.1. MODALIDADES DE EUTANÁSIA. 2.1.1 Homicídio privilegiado. 3. EUTANÁSIA NO DIREITO PENAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo para analise o estudo da Eutanásia no Direto Penal vendo em tese os direitos fundamentais amparados pela CF/88 da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a uma morte digna contexto atual chamamos eutanásia de homicídio piedoso e é um assunto polêmico não existe uma previsão legal, já que envolve; questão e costume, valores e religião.

No primeiro Capítulo, trata-se de demonstrar inicialmente os direitos fundamentais, amparados na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à uma morte digna.

No segundo capítulo, trata-se do conceito de eutanásia, suas modalidades e homicídio piedoso, onde demonstra quando deve ser aplicada e em que situação e medidas a ser tomadas.

No terceiro trata-se das modalidades previstas pelo ordenamento jurídico, aplicações de leis e penalidades para a pratica da eutanásia no ordenamento jurídico.

Nas Considerações Finais, serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a eutanásia.

Para a presente Monografia foram levantadas as seguintes hipóteses: o direito a uma morte digna, amparado nos direitos fundamentais; e nos princípios jurídicos, a possibilidade da eutanásia e seus aspectos jurídico no âmbito penal.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal garante ao homem o direito de preservar sua vida com dignidade; este direito considerado um princípio fundamental para a vida em sociedade vemos na visão da Constituição Federal

Dignidade da Pessoa Humana, a Constituição Federal, faz menção ao direito à Vida: Art. 5º "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Entende-se que o Estado deve assegurar o direito de continuar-se vivo, e de proporcionar dignidade ao ser humano. Importante, nesse caso, é relacionar o direito à vida como uma obrigação do Estado, e não uma imposição do Estado,

sendo quea questão relacionada à dignidade é fator obrigatório para a manutenção da vida humana.

> A palavra princípio é equivoca. A expressão princípio tem sentidos diversos; apresenta a acepção de começo, de inicio. [...] Os princípios são ordenações que se irradiam os sistemas de normas, são núcleos de condenações nos quais confluem valores e bens constitucionais. Os princípios que começam por ser à base de normas jurídicas podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional (SILVA, José de Afonso p. 91 e 92, 2004).

Dignidade está na qualidade intrínseca de indissociável de todo ser humano, por este ser titular de direitos e deveres fundamentais, que, sendo respeitados e assegurados pelo Estado, proporcionam condições mínimas para uma vida digna em harmonia com os demais seres humanos.

> Ora a dignidade da pessoa humana é hoje considerada, sob vários pontos de vista, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral. Além disso, o constituinte de 1988 fez uma clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação, dispondo analiticamente sobre o tema ao longo do texto. Assim, do ponto de vista da lógica que rege a eficácia jurídica em geral, a modalidade que deve acompanhar as normas que cuidam da dignidade humana é a positiva ou simétrica (BARCELLOS, Ana Paula de, 2002, p. 203).

Cerne o direito da dignidade da pessoa humana para que seja exercido na sua plenitude, racionalidade e autonomia, de o direito fornecer meio para sua deliberação tanto que a dignidade da pessoa humana é o principal informador de todos os demais direitos fundamentais deve ser analisado conjuntamente com o princípio da inviolabilidade do direito à vida, permitindo, desta forma, que se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estabeleça a proteção jurídica da pessoa humana em face dos progressos tecnológicos

1.1. DIREITO À VIDA DIGNA

O direito à vida está contemplado pela CRFB em seu art. 5º caput, que como direito fundamentada Constituição Federal, que garante a sua inviolabilidade e o direito supremo:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade e o direito à vida, [...].(art 5° Constituição Federal de 88 caput).

Direito à vida deveria ser assegurado desde a concepção ou desde o nascimento, o legislador constituinte simplesmente o garantiu sem traçar qualquer outra referência, delegando a demonstração do exato momento do surgimento da vida humana à doutrina e à jurisprudência, com a utilização dos conhecimentos científicos obtidos com os diversos ramos da ciência.

Como diz: Anelise Tessaro:

> Apesar da vida ser consagrada como um direito fundamental do homem e também como um princípio, muitas vezes, face à condições adversas em que a prolongação de uma vida ou uma intervenção médica não possa trazer benefícios, e sim comprometer a qualidade de vida deste paciente no seu sentido mais amplo, referindo-se também à dignidade da pessoa, têm-se por certo que o princípio da qualidade deve ser somado ao da intangibilidade da vida, para concluir que nesse caso esta prolongação ou intervenção médica não será eticamente viável. Isso porque após esta intervenção, aquela pessoa não poderá usufruir da vida na sua plenitude, restando, muitas vezes, uma mera existência biológica. E é neste ponto que estes princípios se complementam, pois o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> direito à vida pressupõe um mínimo de qualidade edignidade...(TESSARO, Anelise. **Revista da Ajuris**: Doutrina e Jurisprudência, p.48)

Direito à vida é o bem essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo.

O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar tem eficácia positiva e negativa.

1.1.1 Direito à morte digna

O direito de morrer dignamente é a reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos de personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer. Este tem sido reivindicado como sinônimo de eutanásia ou de auxílio a suicídio, que são intervenções que causam a morte. Defender o direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação.

Dignidades de uma boa morte assim chamaram de eutanásia quando ocorre a morte movida por piedade, por compaixão em relação ao doente. A *eutanásia* verdadeira é a morte provocada em paciente vítima de forte sofrimento e doença incurável, motivada por compaixão.

Para Maria Helena Diniz:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contem e sem ela nada terá sentido. Conseqüentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc. Havendo conflito ente os dois direitos, incidirá o princípio do primado mais relevante (DINIZ, Maria Helena p. 23, 2002).

Diante do Código Penal brasileiro, o que acabamos de chamar de eutanásia pode atualmente ser considerada homicídio privilegiado. Se não estiverem presentes aqueles requisitos, cai-se na hipótese de homicídio simples ou qualificado, dependendo do caso.

Quando se busca simplesmente causar morte, sem a motivação humanística, não se pode falar sobre eutanásia. A eutanásia é comumente provocada por parentes, amigos e médicos do paciente. Por isso, a eutanásia eugênica, não é considerada eutanásia própria, mas hipótese de homicídio simples ou qualificado. Também a morte de velhos, pessoas com deformações e doentes, mesmo incuráveis, mas que não se encontram em estado terminal e submetidos a forte sofrimento, também não é eutanásia que se encaixa, no direito brasileiro atual, na hipótese de homicídio privilegiado.

Para Etienne Montero:

> Cabe então observar que a enfermidade não é, neste sentido, a única capaz de arrebatar a dignidade: por que não haveriam de ter o mesmo efeito a miséria ou a delinqüência? O silogismo é evidente: a dignidade é o fundamento da vida humana e a enfermidade arrebata essa dignidade. (MONTERO Etienne. Rumo a uma legislação da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia. Revista dos Tribunais. São Paulo ano 89, v.778, 2000. p 465)

Há situações em que os tratamentos médicos se tornam uns fins em si mesmos e o ser humano passa a estar em segundo plano. A atenção tem seu foco no procedimento, na tecnologia, não na pessoa que padece. Nesta situação o paciente

sempre está em risco de sofrer medidas desproporcionais, pois os interesses da tecnologia deixam de estar subordinados aos interesses do ser humano. Neste momento, em uma época consciente, mais que nunca, dos limites do científico e das ameaças de atentado à dignidade humana, a obstinação terapêutica surge como um ato profundamente anti-humano e atentatório à dignidade da pessoa e a seus direitos mais fundamental.

Para Etienne Montero:

> Por isso, o fundamento jurídico e ético do direito à morte digna é a dignidade da pessoa humana. O prolongamento artificial do processo de morte é alienante, retira a subjetividade da pessoa e atenta contra sua dignidade enquanto sujeito de direito.(MONTERO Etienne. **Rumo a uma legislação da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia**. Revista dos Tribunais. São Paulo ano 89, v.778, 2000. p 466).

Dignidade de uma boa morte é uma garantia deve assistência ao paciente, devendo respeitar o desejo de morrer do doente terminal administrando medicamentos sedativos que aliviam e aceleram a chegada da morte, a qual deverá ser a mais digna e confortável possível.

2. CONCEITO DE EUTANÁSIA

A eutanásia é o ato em que um indivíduo, em situação de sofrimento constante por um mal ou doença incurável, escolhe cessar sua própria vida.

Para Ildefonso Bizzato

> A palavra eutanásia é de origem grega, significa 'morte doce, morte calma, morte sem sofrimento e sem dor para outros a palavra eutanásia também expressa: morte fácil e sem dor, morte boa e honrosa, alivio da dor, golpe de graça, morte direta e indolor, morte suave...(BIZATO, José Ildefonso. Eutanásia e responsabilidade médica. P. 13)

Para Augusto Cesar Ramos:

> A palavra ganhou relevância com o filósofo ingles Francis Bacon, no seculo XVII, que, sob uma perspectiva médica, dizia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> que "o médico deve acalmar os sofrimentos e as dores nao apenas quando este alívio possa trazer a cura, mas também quando pode servir para procurar uma morte doce e tranquila".(RAMOS, Augusto César. **Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte**. Florianópolis OAB/SC Editora, 2003)

Definida como a conduta pela qual se traz a um **paciente em estado terminal,** ou portador de **enfermidade incurável** que esteja em **sofrimento constante**, uma morte **rápida e sem dor**. É prevista em lei, no Brasil, como **crime** de homicídio.

Para Augusto César:

> Eutanásia como homicídio eutanásico, que no seu entendimento visa a subtrair do enfermo os padecimentos "cruéis de doença, provocadora de dores tenebrantes e tida como incurável, ou vítima de grandes traumatismos crâniomedulares e dos seus pungentes sofrimentos, agindo-se sob os impulsos de um exacerbado sentimento de comiseração e humanidade. (RAMOS, Augusto César. **Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte**. Florianópolis OAB/SC Editora, 2003. p. 106).

Entre as formas dessa prática existe a diferenciação entre **eutanásia ativa,** quando há assistência ou a participação de terceiro quando uma pessoa mata intencionalmente o enfermo por meio de artifício que force o cessar das atividades vitais do paciente na qual se consiste em não realizar procedimentos de ressuscitação ou de procedimentos que tenham como fim único o prolongamento da vida, como medicamentos voltados para a ressuscitação do enfermo ou máquinas de suporte vital como a ventilação artificial, que remediariam momentaneamente.

Para Maria Celeste:

> E prossegue, afirmando que o poder da decisão deve aliar-se à Justiça. É o que ocorre quando há conflitos entre a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> responsabilidade médica e a autonomia do paciente, ou de sua família, visando a proteção da vida.(SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O Equilíbrio de um Pêndulo a Bioética e a Lei: Implicações Médico-Legais.p 53).

A causa da morte do paciente e não consistiriam propriamente em tratamento da enfermidade ou do sofrimento do paciente, servindo apenas para prolongar a vida biológica e, conseqüentemente, o sofrimento.

2.1 MODALIDADES DE EUTANÁSIA

Passiva:

Quando o médico não dá ao doente nenhuma substância que faça com que ele morra, mas de certa forma, provoca a sua morte, removendo alguma máquina ou acabando com um tratamento que seja um suporte de vida.

Caso da eutanásia passiva, a morte é um resultado certo e decorrente da suspensão de um tratamento sem o qual a vida não seria possível. Se o agente, por exemplo, desligar os aparelhos que mantêm a respiração do paciente, não haverá criação de risco de morte, pois essa sobrevirá como decorrência direta e certa da falta daquele elemento responsável pela vida.

Não se pode confundir esta modalidade de eutanásia com a ativa. O fato de a suspensão do tratamento depender de uma ação como, por exemplo, apertar o botão de liga/desliga da aparelhagem, não caracteriza a modalidade ativa, porquanto não é dessa ação que a morte decorre, mas, sim, da omissão de um tratamento.

Por um lado, há o dever de prolongar a vida (princípio da beneficência). Mas é preciso, antes, fazer a seguinte pergunta: do prolongamento da agonia se pode retirar algum sentido para o paciente frise-se que, nesta modalidade de eutanásia, não se trata mais tão-somente de aliviar a dor física, mas também, possivelmente, de um tipo de sofrimento moral, que pode surgir da completa falta de esperança e do profundo pesar de se levar uma vida dependente de uma máquina.

Ativa:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quando é planeada entre o médico e o doente, que ingere uma substância, provocando imediatamente a sua morte, sem sofrer. Assim, o médico intervém de uma forma consciente e direta na decisão do doente, realizando-a.eutanásia, a ativa, possivelmente a mais controvertida, consiste em o agente matar, comissivamente, uma pessoa que deseja profundamente morrer, mas não dispõe da coragem ou da capacidade necessária para, por exemplo, injetar em si, com as suas próprias mãos, um veneno, recorrendo, então, a outrem, que satisfaz a sua vontade. O auxílio ao suicídio que, em nosso direito, está tipificado no art. 122 do CP, também pode ser visto sob a ótica da eutanásia ativa.

Involuntária:

Quando alguém dá assistência à morte do paciente contra a sua vontade, ou sem a sua autorização, pois este deseja continuar a viver. Isto faz com que o doente não seja um fardo para os outros e impede que ele continue a sofrer, mesmo que queira continuar a viver apesar do seu sofrimento.

Eutanásia indireta, por sua vez, traz à tona discussões um pouco mais complicadas de serem resolvidas e, por isso, merece maior ponderação. A medicina não dispõe de todos os meios de cura, tanto que a obrigação do médico não é de resultado, mas de meio. Cuida-se de situações, portanto, em que não é mais possível romper o nexo entre a doença e a morte. Ocorre que durante o lapso temporal entre uma e outra o paciente sofre de intensas dores. Para reduzi-las, ministram-se a ele substâncias que, porém, criam um risco desnecessário distinguir o risco concreto do abstrato de morte ou encurtamento da vida. Nesses casos é possível se vislumbrar um dolo eventual de homicídio, o que, com os demais elementos do tipo do art. 121, tornariam punível a conduta do sujeito que fornece ao paciente a substância que cria o risco. Quem se posiciona nesse sentido defende, portanto, que haveria homicídio, tentado ou consumado, conforme a concretização do risco.

2.1.1 Homicídio privilegiado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Código penal atual prevê o homicídio praticado por relevante valor moral, que diz respeito aos valores individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão em seu art.121 parágrafo primeiro:

Vade Mercun:

> Art 121. Matar alguém:
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos Caso de diminuição de pena:
>
> § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.(Vade Mecum Saraiva 22ª Edição 2016).

Para Euclides Silveira:

> Autor de homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam goza de privilégio de atenuação da pena.(SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O Equilíbrio de um Pêndulo a Bioética e a Lei: Implicações Médico-Legais.p 53.)

Nota-se que o código não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico haja ou não consentimento do ofendido, mas em consideração ao motivo, de relevante valor moral, permite a minoração da pena.

Sendo certo de que é punível a eutanásia por omissão ortotanásia, mas discute-se a possibilidade de não se falar em homicídio quando se interrompe uma vida mantida artificialmente por meio de aparelhos.

Esse privilégio tem, unicamente o poder de diminuir a pena, sem, contudo tirar a ilicitude do fato. Por isso outra parte de doutrinadores entende, e com razão, que diante de uma morte tranqüila, o que tem de haver é a exclusão da ilicitude, e não apenas redução da pena. A pena privativa de liberdade, prevista para o tipo penal de homicídio privilegiado, é calculada da seguinte forma: pena base fixada,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

levando-se me conta o homicídio simples, obrigatoriamente reduzida de um sexto a um terço, embora no final do cálculo possa a pena ficar abaixo do mínimo legal previsto. A competência para tipificar esse tipo de homicídio é do Júri.

Para Juarez de Oliveira:

> A Exposição de Motivos do diploma penal brasileiro de 1940 refere-se à eutanásia quando comenta acerca do motivo de relevante valor social ou moral: "O projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc". (BRASIL. *Código Penal*. Organização Juarez de Oliveira. 24 ed. São Paulo: Saraiva,2003).

Alguns juristas afirmam que a modificação legal deveria ser no sentido da aplicação de uma pena menor que a do homicídio simples ou privilegiado. Contudo, tal entendimento não satisfaz de hipóteses nenhuma a necessidade social, pois, o que se quer, é asua atipicidade. Condenação, por mínima que seja é sempre uma reprovação ou censura, que estigmatiza sua prática para sempre na vida de quem a cometer.

Para Julio Fabrini:

> A descrição concreta da conduta proibida, ou seja, do conteúdo ou da matéria da norma, será que os elementos do tipo do homicídio privilegiado são os mesmos diante dos casos eutanásicos. (WELZES *Apud* MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito penal*. São Paulo. Atlas,1993.p.96)

Busca-se a autonomia penal para as possíveis hipóteses de práticas eutanásicas, pois, cada tipo penal possui elementos próprios, e os da eutanásia certamente são distintos aos do homicídio privilegiado.

3. EUTANÁSIA NO DIREITO PENAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Argumenta-se ainda o quesito da aplicação da Eutanásia como instituto de morte piedosa, viola o princípio da dignidade humana que tem por finalidade assegurar e preservar a vida.

Grande parte dos doutrinadores defendem que a prática da eutanásia trata-se de um crime que se enquadra dentro do direito brasileiro como homicídio privilegiado, conforme disposto no art.121. parágrafo 1º do Código Penal.

> Art.121- Matar alguém:
> Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.
> Parágrafo "1º - se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injustiça provocação da vítma."(Vade Mecum Saraiva 22ª Edição 2016).

Para o jurista José Idelfonso Bizatto , este instituto não está tipificado na legislação brasileira, e esclarece sob a responsabilidade do médico diante da eventual aplicação da eutanásia:

Deve-se levar em consideração o ato ilícito em si, ou seja, a figura do "homicídio", os danos causados e, logicamente, o nexo causal entre esses dois elementos, para caracterizar, pois a responsabilidade do médico. Quando se fala em eutanásia, a responsabilidade médica, somente vai existir quando o médico praticar a mesma, configurando-se o delito como homicídio para em face do Código Penal atual e consequentemente se responsabilizando pelos danos resultantes do ato em questão.(BIZATO, José Ildefonso. Eutanásia e responsabilidade médica. P. 13).

Na prática, a aplicação da referida lei ocorre quando o médico tira a vida de um paciente a pedido desde ou de seus familiares e acaba sendo privilegiado com os atenuantes previstos em lei.

Nessa linha de raciocínio , o ilustre autor Paulo José Júnior Costa em sua obra "Comentários ao Código Penal"; Parte Especial assimila que:

> O valor social ou moral, que deverá ser relevante, há de ser considerado objetivamente, segundo os padrões da sociedade e não conforme o entendimento pessoal do agente. Complementando sua explicação, assim conclui: a prática da eutanásia ativa depende do concurso de dois médicos, um que ateste a inevitabilidade e a iminência da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> morte, e outro que pratique a "boa morte". Sendo assim de concurso necessário.(Paulo José Júnior Costa em sua obra "Comentários ao Código Penal).

O suicídio assistido ou o auxílio ao suicídio da mesma forma é ilegal. Penaliza quem estimula, induz ou contribui para que o enfermo cometa tal ato.

É o que dispõe o art. 122 do Código Penal Brasileiro:

> Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxilio para que o faça:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) anos, se o suicídio se consuma ; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave (...) (Vade Mecum Saraiva 22ª Edição 2016).

Dessa maneira, apenas o suicídio não constitui crime. Nem se quer a tentativa pode ser punida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma certa dificuldade em se dar sentido à morte. Todavia esta só terá sentido se for aberta uma janela para a esperança de uma vida plena em todos os sentidos. Tal dificuldade resulta duas reações intimamente relacionadas, ou a morte é excluída da realidade cotidiana ou é antecipada como uma espécie de fuga do confronto de cada um com a sua consciência.

O direito de pôr fim à própria vida seria igualmente negado, assim como é o direito ao suicídio. Ao suicida nenhuma pena é imposta, já que perdeu o seu bem mais precioso, aquele que é condição para todos os outros: o bem da vida. Por isso, esse bem deve ser protegido contra todos até mesmo do próprio indivíduo.

Observa-se assim que o dever do Estado em proteger a dignidade da pessoa humana envolve, inclusive, atos da pessoa contra si própria que autoriza a sua intervenção sempre que haja algum atentado realizado pela pessoa contra sua própria dignidade.

Partiu-se da origem da eutanásia através da história e as modalidades que surgiram na atualidade.

Não se podia estudar tema tão polêmico sem dar atenção especial aos princípios norteadores que o envolvem o direito de morrer, deu-se ênfase ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conflito entre princípios após o surgimento do constitucionalismo, através do confronto entre o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Outra questão que se abordou foi a sua qualificação penal tanto no ordenamento jurídico brasileiro e o tratamento dado à morte eutanásica no cenário mundial. No Brasil, é considerada uma espécie de homicídio privilegiado, na legislação de outros países, na maioria deles se admite implicitamente o suicídio assistido, apesar da grande maioria se abster de regulamentar sua prática, ora estabelecem a impunidade do autor do fato, ora lhe atenua a pena, ou até mesmo em alguns casos fixa o perdão judicial.

Por fim pode se concluir que a qualidade dos seres humanos é o que importa e não sua quantidade. Por isso o direito de morrer indica a mais recente reivindicação do ser humano em dispor plenamente de si próprio, com relação à sua vida e à sua morte. A dor e o sofrimento tornaram-se desvalores rejeitados por uma sociedade adoradora do corpo e da perfeição. Daí a necessidade de uma medicina que contribua não apenas com manutenção da vida assegurando bem estar físico e mental, mas que seja também capaz de proporcionar uma boa morte, mais humana e capaz de ser compreendida pela sociedade, de que o ser humano é finito.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Diego Bisi; TEIXEIRA, João Alberto Borges. Eutanásia

BEIER, Rogério. Temos o direito de escolher quando e como morrer.

BIZATO, José Ildefonso. Eutanásia e responsabilidade médica. P. 13

BRASIL. *Código Penal*. Organização Juarez de Oliveira. 24 ed. São Paulo: Saraiva,2003

COSTA,Paulo José Júnior em sua obra "Comentários ao Código Penal"

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTERO Etienne. Rumo a uma legislação da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia. Revista dos Tribunais. São Paulo ano 89, v.778, 2000. p 465

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MONTERO Etienne. Rumo a uma legislação da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia. Revista dos Tribunais. São Paulo ano 89, v.778, 2000. p 466)

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O Equilíbrio de um Pêndulo a Bioética e a Lei: Implicações Médico-Legais.p 53

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

SILVA, José de Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23º edição Malheiros Editora LTDA. SP. 2004.

RAMOS, Augusto César. **Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte**. Florianópolis OAB/SC Editora, 2003

ROSA, Isaac Peixoto Costa. A eutanásia no direito brasileiro.

TESSARO, Anelise. Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência, p.48.

Vade Mecum Saraiva 22ª Edição 2016.

WELZES *Apud* MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito penal*. São Paulo. Atlas,1993.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CARACTERÍSTICAS GERAIS E RELEVÂNCIA DO PROCESSO PARA DIRIMIR LITÍGIOS RELATIVOS A DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS.

ANA LUÍSA NOGUEIRA MOREIRA, o autor:
Graduada em Direito pela PUC MINAS. Pós-graduada em Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Penal e Direito Constitucional .

RESUMO: Após o advento da Lei nº 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem, ainda há dúvidas acerca de seu procedimento e das limitações impostas à sua utilização. Tal instituto encontra-se intimamente relacionado ao pleno acesso à ordem jurídica justa, à efetividade do processo e à pacificação dos conflitos, de extrema relevância para o processo civil da atualidade. Neste artigo, procurou-se explicar as especificações da arbitragem, as pessoas que poderão se beneficiar desse meio alternativo de solução de conflitos e os princípios a ela inerentes. Percebeu-se que a lei em comento tem gerado, entre os litigantes, mais confiança para a adoção daquele procedimento, eis que há um regramento próprio e condizente com a realidade da sociedade, que hoje, diante de tantas transações realizadas, necessita de soluções rápidas e econômicas para seus conflitos. Não obstante o regramento específico da arbitragem, coube ao legislador determinar a observância a alguns princípios, não sendo permitido às partes convencionar de forma diversa, ou ao árbitro julgar em desrespeito a aqueles. Ademais, tendo em vista que a sentença arbitral gera os mesmos efeitos da judicial, é, assim, considerada título executivo.

Palavras-chave: Arbitragem. Princípios. Solução de conflitos.

ABSTRACT: After the advent of Law No. 9,307 / 96, which provides for arbitration, there are still doubts about its procedure and the limitations imposed on its use. Such an institute is closely related to the full access to the just legal order, the effectiveness of the process and the pacification of the conflicts, of extreme relevance to the current civil process. In this paper, we have sought to explain the specifications of arbitration, the people who will benefit from this alternative means of conflict resolution and the principles inherent in it. It was noticed that the law under discussion has generated, among the litigants, more confidence for the

adoption of that procedure, behold, there is a rule of its own and befitting the reality of society, which today, faced with so many transactions, needs quick solutions. and economic to their conflicts. Notwithstanding the specific rules of arbitration, it was for the legislator to determine compliance with certain principles, and the parties were not permitted to agree otherwise, or the arbitrator to disregard those principles. In addition, since the arbitral award produces the same effects as the court order, it is thus considered enforceable.

Key words: Arbitration. Principles. Conflict resolution.

Sumário: Introdução. 1 Arbitragem: uma compreensão geral do modelo. 1.1 Evolução histórica. 1.2 Conceito. 1.3 Arbitragem e poder público. 1.3.1 Arbitragem e Jurisdição. 2 Aspectos institucionais. 2.1 Constitucionalidade do instituto da arbitragem. 2.2 Princípios norteadores. 2.2.1 Princípio da garantia processual. 2.2.2 Princípio do contraditório. 2.2.3 Princípio da igualdade entre as partes. 2.2.4 Princípio da persuasão racional do julgador. 2.2.5 Princípio da imparcialidade. 2.2.6 Princípio da autonomia da vontade. 2.2.7 Princípio da boa-fé. 3 Do procedimento arbitral. 3.1 Convenção de arbitragem. 3.2 Cláusula Compromissória. 3.2.1 Cláusula compromissória vazia ou em branco. 3.2.2 Cláusula compromissória cheia ou plena. 3.2.3 Execução específica da cláusula compromissória. 3.3 Compromisso arbitral. 3.4 Das partes. 3.5 Do tribunal arbitral. 3.6 Do objeto da arbitragem. 3.7 Da sentença arbitral. Conclusão. Referências.

Introdução

A Lei nº 9.307/96 foi promulgada no intuito de tratar das regras específicas do instituto da arbitragem. Outrossim, em decorrência da necessidade social, a arbitragem mostra-se como meio eficaz de dirimir os conflitos celeremente, sem a intervenção do Poder Estatal, salvo exceções, gerando maior segurança jurídica aos litigantes.

Este trabalho tem por objetivo geral o estudo da arbitragem, a partir da análise de sua regulação pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Para tanto,

buscou-se interpretar as normas jurídicas que regulam a arbitragem, harmonizando-as com os princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Notadamente, a demora nas decisões traz um risco adicional às partes, que já convivem com as incertezas de terem suas questões decididas por juízes muitas vezes sobrecarregados de processos. O alto custo dos pleitos também é um dado importante que dificulta o acesso à Justiça. O excesso de formalismo do rito processual faz com que o processo perca seu objetivo. Essa discussão não é nova e "*summum jus summa in juria*" - o excesso de formalismo processual leva à injustiça.

Ainda, de acordo com aquele instituto, é como se fossem criadas regras particulares e de comum acordo entre os interessados. Isso garante, além de uma boa solução para o caso, sigilo, economia, certeza de que o julgamento do problema será realizado por pessoas com profundo conhecimento do assunto em questão e, além de tudo, rapidez, já que a arbitragem deve ser concluída no prazo máximo legal de 180 dias, se outro prazo não for acertado pelas próprias partes.

Por fim, na arbitragem não apenas encontra-se uma forma de solução para os conflitos existentes, como também estão as partes obrigadas a submeter-se à sentença proferida pelo árbitro, ao final do procedimento, que tem força de título judicial, podendo ser executada perante o Poder Judiciário, caso haja resistência ao seu cumprimento.

1 Arbitragem: uma compreensão geral do modelo

1.1 Evolução histórica

As origens do instituto da arbitragem remontam à Antiguidade, através da qual os povos buscavam resolver suas controvérsias de modo amigável e célere, sem os lineamentos do formalismo jurídico tradicional. Na Lei das Doze Tábuas, já era estabelecido que as partes, através de um árbitro, submetessem o litígio para ser julgado através do pretor escolhido livremente pelos contendores.

Utilizava-se, na Grécia, a arbitragem de modo consensual necessário. A cláusula compromissória tinha em seu conteúdo o objeto do litígio e a autonomia da vontade das partes na escolha dos árbitros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em Roma, no primeiro período do processo, as ações legais guardavam profunda semelhança com os juízos arbitrais. As questões cíveis eram apresentadas ao magistrado e, depois, levadas ao árbitro privado, escolhido pelas partes.

As classes mais abastadas na Idade Média procuravam resolver suas diferenças através desse instrumento, de extrema eficácia. Ocupando o topo da pirâmide social, naquele período, a Igreja Católica Apostólica Romana tinha no poder arbitral como sendo o seu alicerce.

Após, com o surgimento dos burgos medievais, que promoviam feiras e também nas cidades portuárias, o uso da arbitragem passa a ser frequente tanto pelas associações comerciais, como pelos tribunais marítimos.

Na atualidade, é no setor comercial que o instituto da arbitragem apresenta-se de maior importância, em face dos procedimentos simplificados que a tornam mais rápida. Outrossim, os empresários gostam de ver seus litígios resolvidos por árbitros escolhidos em função de suas competências e conhecimento do ambiente profissional em que atuam.

No Brasil, a primeira Constituição, em 1824 (Constituição do Império), admitia a arbitragem nas causas cíveis e penais, com a possibilidade de execução do laudo, sem a previsão de recursos, salvo convenção contrária estipulada pelas partes.

A Constituição de 1891 limitou ainda mais sua utilização, dispondo que somente nas hipóteses de se evitar a guerra, poderia ser suscitado o artigo 34, 11, o qual dispunha que: *"autorizar o governo a declarar guerra se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e fazer a paz"*.

No mesmo sentido, as Constituições de 1946 e 1934 (artigo 4º), faziam referência à arbitragem comercial como competência de legislação federal. Já a Constituição de 1937 foi omissa no que tange ´à arbitragem.

Com a reformulação da Constituição em 1946, surge novamente a previsão da arbitragem nos moldes da Lei Maior de 1824. Mas, somente em 1988, é que houve uma mudança significativa daquele instituto, ficando determinado que o

Código de Processo Civil deixava a cargo das partes estipular se o mentor do conflito seria apreciado pelo Judiciário, ou afastaria o reexame da decisão arbitral. O dispositivo teria que constar no compromisso arbitral ou ser inserido em cláusula específica.

Em 1967 foi promulgada nova Constituição que, com a Emenda nº 1 de 1969, passou a prever em seu artigo 7º, que os conflitos internacionais deveriam ser resolvidos por negociação direta, arbitragem e outros meios pacíficos.

A Carta da República de 1988 prevê, no artigo 114, parágrafo 1º, que a arbitragem poderá ser utilizada como meio de resolução de dissídios coletivos na área trabalhista.

No tocante à legislação infraconstitucional, apenas em 1996, com as novas demandas da sociedade contemporânea e a carência de uma justiça mais célere, foi promulgada a Lei nº 9.307, dando início efetivo à prática da arbitragem no Brasil.

1.2 Conceito

Nesse contexto, pode-se conceituar a arbitragem como um instrumento ou técnica de solução de disputas instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, com total aval dos litigantes.

O terceiro denomina-se árbitro, derivando-se sua jurisdição e competência do acordo particular estabelecido entre as partes que, no ato do pacto, estabelecem os limites da arbitragem, indicam os procedimentos, estabelecem os prazos e escolhem a lei aplicável ao litígio, declarando sua preferência acerca da prolatação da decisão do árbitro segundo critérios de equidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem passou a ser regrada, como já mencionado alhures, por lei própria - Lei nº 9.307/96, a qual prevê em seu artigo 1º: *"As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".*

Assim sendo, arbitragem é o meio pelo qual as partes interessadas submetem o conflito a um terceiro dotado de capacidade, sendo denominado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como árbitro, que será escolhido pelos litigantes ou, ainda, poder-se-á instituir um órgão Arbitral.

Por se tratar de meio alternativo para solução de conflitos, arbitragem nada mais é que um ato voluntário e facultativo. Todavia, uma vez instituído tal procedimento, tornar-se-á obrigatório entre as partes, não sendo passível de desistência, sendo certo que somente as pessoas capazes poderão utilizar daquele instituto.

Por ser a arbitragem um meio de solução de conflitos extrajudicial, não sofrerá a intervenção do Poder Judiciário, salvo quando houver necessidade de utilizar força em decorrência do não atendimento das notificações por uma das partes ou mesmo por terceiros.

1.3 Arbitragem e poder público

1.3.1 Arbitragem e Jurisdição

Hodiernamente, a jurisdição passa por uma crise de credibilidade.

Frise-se que a arbitragem possui um campo mais restrito de atuação ao ser comparada dom a jurisdição, sob um dado ângulo de visualização, eis que somente pode ser aplicada a direitos de pessoas capazes de contratar, com cunho patrimonial e disponível, nos dizeres da Lei nº 9.307/96, em seu artigo primeiro.

Os conceitos de jurisdição e arbitragem, contrapostos, possuem características que os unem, em especial atenção aos princípios do devido processo legal, ampla defesa, livre convencimento e imparcialidade, além do contraditório.

Outrossim, é de se dizer que o resultado da arbitragem como norma individual e concreta permite, independentemente da permissão legislativa, por ser contrato, que seja procedida uma execução direta, nos ditames do Código de Processo Civil.

Tais considerações são feitas sem olvidar o carácter maior de estabilidade das relações arbitrais com o advento da supracitada lei, eis que a arbitragem passou a ter reconhecimento da legislação positiva nacional de forma direta, ainda que, no campo internacional positivo e consuetudinário, já existisse desde muito tempo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2 Aspectos institucionais

2.1 Constitucionalidade do instituto da arbitragem

Há muitas discussões acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, e quem a considera inconstitucional baseia-se em alguns incisos do artigo 5º da Constituição da República de 1988, especialmente os incisos a seguir transcritos: *"(...) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...) XXXV – a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...) XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...) LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são segurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes (...) ".

Apesar de todos os argumentos, a constitucionalidade desse instituto de jurisdição privada encontra amparo no próprio ordenamento jurídico pátrio, haja vista que a atividade jurisdicional não é exclusividade do poder Estatal.

Caso a decisão arbitral seja condenatória, terá força executiva no sentido potencial, isto é, existirá possibilidade jurídica de provocar o uso da força. Para que esse efeito da força produza resultado, a própria lei prevê o controle de regularidade formal da decisão e a sua compatibilidade com a ordem pública. Daí a decisão arbitral possuir, além de força obrigatória, a força executiva.

O sentido de jurisdição, portanto, é o de "dizer o Direito", que não é desempenhada exclusivamente pelo Judiciário, o qual exerce função jurisdicional.

A função jurisdicional exercida pela arbitragem e pelo Poder Judiciário difere-se no aspecto da confiança. Tendo em vista que na arbitragem as partes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

convencionam acatar a decisão do árbitro, nos conflitos dirimidos pelo Judiciário, o réu é compelido a responder ao processo.

Ressalte-se que a arbitragem, como jurisdição privada opcional, decorre da manifestação livre de vontade das partes contratantes, de onde advém a sua natureza contratual jurisdicionalizante, sendo o compromisso arbitral um negócio jurídico de direito material, significativo de uma renúncia à atividade jurisdicional do Estado.

Regem-se os contratos pelo princípio da autonomia da vontade das partes, razão pela qual a elas deve ser reservada a opção de optar ou não pela jurisdição estatal para a solução de seus conflitos ou para a revisão sobre o mérito da decisão arbitral.

Assim, não há que se falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, visto que deve prevalecer a autonomia da vontade das partes, as quais são livres para convencionar se futuro litígio será dirimido no Poder Judiciário, ou se ficará a cargo de um terceiro.

O que geraria ofensa a tal princípio seria a forma compulsória da instituição da arbitragem, ou seja, aquela que é imposta independentemente da vontade das partes. Para que a cláusula arbitral tenha eficácia, deverá decorrer da escolha livre, espontânea e consciente dos pactuantes, não podendo advir do interesse de apenas um deles, em prejuízo ao outro. Trata-se de uma faculdade.

De igual modo, a escolha pelas partes de um árbitro para solucionar o litígio não ofende o princípio do juiz natural, tendo em vista que, com a celebração do compromisso, as partes não estão renunciando ao direito de ação nem ao juiz natural. Apenas estão transferindo a jurisdição que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado.

Como o compromisso pode versar sobre matéria de direito disponível, é lícito às partes assim proceder. O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A arbitragem obedece ao princípio do contraditório, requisito mínimo a que está condicionada a atividade do árbitro. Assim, a Lei nº 9.307/96 não viola o princípio do devido processo legal.

Quanto ao princípio do acesso à via recursal, ou duplo grau de jurisdição, não há ofensa, eis que falta previsão constitucional. Nesse caso, o que se observa é a admissão implícita, quando se reporta à existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal.

Em decorrência disso, não havendo garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, mas tão somente previsão, permite-se ao legislador infraconstitucional limitar o direito de recurso, é o que ocorre com a Lei em questão, que dispõe no artigo 18 que a sentença proferida pelo árbitro não está sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Entretanto, poderão as partes estabelecer uma modalidade de revisão da sentença arbitral, sem se socorrer ao Poder Judiciário, pois não há competência funcional para tanto. Isso significa que poderão inserir no procedimento arbitral um recurso que se assemelhe à Apelação - recurso de fundamentação livre, a ser examinado por outro órgão diverso daquele que proferiu o primeiro julgamento, podendo ser colegiado ou monocrático.

Assim sendo, demonstrada está a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96.

2.2 Princípios norteadores

2.2.1 Princípio da garantia processual

Ao estabelecerem as normas procedimentais que regerão o juízo arbitral, as partes não poderão violar os princípios de ordem pública que garantem o processo. Seu caráter jurisdicional requer a aplicação dos princípios jurídicos informadores do processo civil ao procedimento arbitral, consoante determina o parágrafo 2º do artigo 21 da Lei de Arbitragem, *in verbis: "Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.".*

Tais preceitos decorrem dos princípios constitucionais de garantia processual da tutela jurídica efetiva e do devido processo legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contudo, não é suficiente que sejam seguidas normas processuais, fazendo-se necessárias a igualdade entre as partes, igual possibilidade de defesa, liberdade para o julgador e imparcialidade para que possa não só decidir, mas dizer o direito que melhor se aplica à questão.

A fim de que o procedimento arbitral seja válido e eficaz, devem as partes, no desenvolvimento da relação processual, respeitar e garantir o devido processo legal para se chegar à tutela jurídica efetiva. Para tanto, é necessário que prevaleçam os princípios da garantia processual, cujo desrespeito ocasiona a nulidade da sentença arbitral.

2.2.2 Princípio do contraditório

Para que o árbitro possa decidir, deve ouvir ambas as partes, averiguando suas pretensões e proporcionando a elas possibilidades de manifestação em relação a provas e a documentos apresentados. Por conseguinte, não é imperativo que haja o contraditório, mas que seja dada a oportunidade para tanto.

2.2.3 Princípio da igualdade entre as partes

Segundo ele, o Magistrado deverá tratar as partes de igual modo, não privilegiando uma, desconsiderando a outra.

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz, ou seja, as partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões. Em suma, no procedimento arbitral as partes encontram-se em situação equilibrada, e por isso escolhem o meio pelo qual resolverão o litígio, ou seja, o ato é volitivo.

2.2.4 Princípio da persuasão racional do julgador

Refere-se à liberdade de apreciação e avaliação das provas existentes nos autos para decidir a causa. Deve o árbitro formar sua convicção, baseado em tais provas, mas com liberdade para valorá-las.

Entretanto, a liberdade do árbitro será limitada às regras que foram estabelecidas pelas partes, devendo se ater às questões pelas quais se funda a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

controvérsia, bem como a todos os argumentos expendidos, tendo como premissa a não violação aos bons costumes e à ordem pública.

Outrossim, de acordo com tal princípio, cabe ao árbitro emitir um juízo de valor, ou seja, valorar a prova, sem descurar de sua avaliação. Isso significa que o magistrado deve confrontar a prova com outra e julgá-la em face dessa comparação, manifestando-se favorável àquela de maior valor.

Ademais, faz-se necessária a fundamentação de toda e qualquer decisão proferida pelo julgador.

2.2.5 Princípio da imparcialidade

Ser imparcial é um dos requisitos essenciais para que o árbitro conduza o procedimento, dando igual tratamento aos litigantes e decidindo em conformidade com o que fora suscitado e debatido nos autos.

Pelo princípio da imparcialidade do julgador, tem-se que esse último deve se abster de seus interesses pessoais para a solução do conflito, exaurindo sua decisão fundada em seu entendimento, obedecendo aos ditames da lei e da justiça, não beneficiando qualquer das partes. Não deverá o árbitro prestigiar uma das partes, dando-lhe melhores oportunidades de manifestação e produção de provas, em prejuízo da outra.

Bem como os juízes, os árbitros também estão sujeitos a afastamento da causa, em decorrência do pedido de exceção de suspeição ou de impedimento.

Nesse sentido, para evitar um pedido de exceção, compete ao árbitro, antes de aceitar a indicação, revelar a existência acerca de qualquer fato denotativo de justificada dúvida quanto aquilo, consoante parágrafo 1º, artigo 14 da Lei nº 9.307/96: *"(...) As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à imparcialidade e independência".*

2.2.6 Princípio da autonomia da vontade

Para a instituição da arbitragem, deve haver manifestação de vontade das partes, que optam por ter o futuro litígio julgado por um terceiro, manifestando tal interesse de forma expressa, com a elaboração da cláusula compromissória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tal princípio consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades e disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

E referida liberdade permite, ainda, que as partes escolham o procedimento a ser adotado pelos árbitros e o direito a ser aplicado. É o que estabelece o artigo 2º e parágrafos, da Lei de Arbitragem.

Segundo alguns doutrinadores, o princípio da autonomia da vontade caracteriza a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação à qual queiram se submeter. Tal escolha é limitada, de um lado, pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas.

Sendo assim, a máxima para as partes é a vontade da qual decorre o acordo, que tem o poder de dizer o direito válido entre elas, pondo em movimento a força do Estado para coagir a vontade resistente, restrita somente pela capacidade e pelo interesse público.

Todavia, a vontade das partes não poderá ultrapassar certos limites determinados por lei, ou seja, a liberdade não é ilimitada, sofrendo restrições quanto à ordem pública e aos bons costumes.

2.2.7 Princípio da boa-fé

De acordo com os artigos 851 e 853 do Código Civil, a determinação da matéria pelo juízo arbitral faz-se de duas maneiras: mediante cláusula compromissória ou por meio de específico contrato de compromisso. Independentemente da forma pela qual é estabelecida, no tocante aos princípios a ela inerentes, a arbitragem caracteriza-se por sua natureza contratual.

A natureza contratual da arbitragem a condiciona a ser regida não somente pela Lei nº 9.307/96, mas também pelo Código Civil e pelos princípios da Teoria Geral dos Contratos.

Introduziu-se expressamente no Código Civil um dos princípios norteadores de todas as relações obrigacionais e relevantes para a leitura dos negócios jurídicos: a boa-fé objetiva, que se configura como cláusula geral e, portanto, corresponde a uma técnica legislativa que busca garantir a relação entre o direito e a realidade social, possibilitando a existência de um sistema jurídico aberto com constantes

adaptações das normas legais às exigências do mundo das relações e da alteração dos seus valores com o tempo. Assim, a cláusula geral fornece um ponto de partida para se alcançar resultados justos e adequados.

Desse modo, a cláusula geral da boa-fé dá flexibilidade ao direito patrimonial privado, adaptando seu conteúdo às necessidades dos contratantes no momento em que eles expressam sua vontade. Levando-se em consideração que a boa-fé objetiva ultrapassa o domínio absoluto da pretensão individual na teoria do direito, os valores como a equidade, a boa-fé e as relações jurídicas se distinguem ao lado da autonomia da vontade na nova teoria contratual.

Nesse contexto, constata-se que a boa-fé não se aplica somente ao procedimento dos contratantes na execução de suas obrigações, mas do mesmo modo aos comportamentos que devem ser adotados antes de celebração ou mesmo após a extinção do contrato, ou seja, esse princípio deve ser verificado antes, durante e após a extinção do contrato.

Confirmando o acima exposto, o Código Civil, em seus artigos 113 e 422, reza que a interpretação dos negócios jurídicos deve se dar conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Ademais, tal *codex* determina que os contratantes devem respeito aos princípios da boa-fé e da probidade na conclusão e na execução do contrato.

Apesar de não dispor expressamente, o legislador ressalta como imperativa a observação da boa-fé objetiva em detrimento da subjetiva. Sabe-se que na boa-fé subjetiva o contratante crê que sua conduta é correta, conforme o nível de conhecimento que tem sobre determinado negócio jurídico. Lado outro, boa-fé objetiva é a conduta em conformidade com os modelos sociais postos e adotados em determinado local, ou seja, é a postura do homem médio diante da realidade social em que vive.

Nessa perspectiva, tem-se por boa-fé objetiva a obrigação de se portar adequadamente, nas relações jurídicas obrigacionais, trazendo assim uma situação de confiança entre as partes envolvidas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que se refere à revisão das matérias arbitradas pelo Poder Judiciário, o que se discute é a necessidade de verificação da boa-fé objetiva após a extinção do contrato, ou seja, finda a análise arbitral acordada entre as partes.

Cumpre ainda ressaltar que a boa-fé, após a extinção do contrato, veda que o torpe possa alegar a própria torpeza. Essa máxima, no entanto, só é válida para aquele que sempre tem um pretexto para se furtar do cumprimento da palavra empenhada.

De acordo com essa acepção, o princípio da boa-fé objetiva está intimamente ligado com os conceitos e aplicação prática da Lei da Arbitragem, no intento de se assegurarem as relações jurídicas. A própria Lei nº 9.307/96, não obstante pregar a autonomia da vontade, continuamente a delimita por esse princípio.

Nesse sentido, o artigo 2º da Lei da Arbitragem determina que as partes poderão convencionar que a arbitragem seja realizada conforme os princípios gerais de direito, os usos e costumes e as regras internacionais de comércio.

Devido à necessidade dessa conduta de boa-fé, é que se encontra a dificuldade do emprego da arbitragem como meio de solução de controvérsias. Grande parte dos conflitos sobre direitos esbarra em relações relativas ao consumo de bens e mercadorias, o que torna insignificante a possibilidade de adoção de medidas que proporcionem o sucesso da arbitragem. Outrossim, é justamente na discussão dos bens patrimoniais que as partes são mais unilaterais em suas intenções.

Nessa concepção, ainda que se tenha como intento o arrolamento dos pareceres da arbitragem de maneira cada vez mais crescente no que diz respeito aos litígios, com a finalidade de atenuar a quantidade exacerbada de processos, bem como diminuir custos, é apropriado asseverar que a maior parte das demandas patrimoniais não se conduz de acordo com o proposto pela lei. Isto é, os contratantes não cooperam, não são leais e não confiam uns nos outros.

Dentre as várias expressões relacionadas à boa-fé, destaca-se o dever de não agir contra o ato próprio. Isso significa dizer que a ninguém é permitido valer-se de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

um determinado ato quando lhe for conveniente e, posteriormente, alegar sua impossibilidade quando não mais lhe interessa.

Por meio da interpretação dessa expressão, chega-se à conclusão de que todo o contrato que possui cláusula arbitral torna-se excluído da análise de qualquer controvérsia surgida entre as partes pelo Poder Judiciário. Assim, o artigo 18 da Lei de Arbitragem determina que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Portanto, a norma estabelece que uma vez despachada a sentença arbitral, tal decisão não possibilita que se recorra da mesma, perpetrando fato julgado entre as partes no que se refere à matéria apreciada. Todavia, como toda regra, essa também comporta exceções.

Nesse pressuposto, a inobservância do "dever de não agir contra ato próprio", em certas proposições, deixa de configurar ignomínia aos princípios da boa-fé, eis que no tema das decisões arbitrais, a exceção é prevista no artigo 32 da Lei nº 9.307/96, norma que determina os vícios formais a serem pleiteados.

Sendo assim, a parte interessada em pleitear a nulidade de sentença arbitral poderá recorrer ao órgão judiciário nos termos do artigo 33 da Lei da Arbitragem.

E devido à caracterização da arbitragem como limitação voluntária da regra do acesso ao Judiciário, ou mesmo, pela possibilidade de contestação da sentença arbitral, que se constata a Lei da Arbitragem não alcança o Princípio de incredibilidade de Jurisdição pregado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

3 Do procedimento arbitral

3.1 Convenção de arbitragem

Pela convenção de arbitragem, as partes manifestam interesse por terem futuro conflito dirimido via procedimento arbitral. Sendo certo que se dará, por meio de dois atos, a elaboração da cláusula compromissória e o consequente compromisso arbitral.

Tal convenção tem como efeito afastar a jurisdição estatal, conferindo poderes a um terceiro, o qual será competente para solucionar o litígio. Nela, as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

surgirão entre elas, com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir-se da forma de cláusula compromissória num contrato ou de uma convenção autônoma.

A convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.

3.2 Cláusula Compromissória

A cláusula compromissória é a convenção preliminar ou preparatória, mediante a qual as partes se obrigam, no próprio contrato ou em ajuste ulterior, a submeter todas ou algumas das controvérsias que se originam da execução contratual.

Deverá ser estipulada por escrito, podendo estar inserida em um contrato que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou firmada separadamente, referindo-se ao contrato principal, conforme previsto no artigo 4º, *caput* e parágrafo 1º, da Lei nº 9.307/96.

Na grande maioria das vezes, a referida cláusula está inserida em um contrato. Todavia, deverá ser considerada de forma distinta das demais cláusulas contratuais, como disposto no artigo 8º da mencionada Lei: *"Artigo 8º - A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória".*

Trata-se de obrigação de fazer, e uma vez manifestada tal opção, as partes estarão vinculadas a solucionar eventual litígio, oriundo da relação existente, perante um Tribunal Arbitral, ou por intermédio de um árbitro, em conformidade com o que fora fixado.

A cláusula compromissória reveste-se de natureza vinculante, porquanto obrigatória entre os contratantes. Assim, eleita a via paraestatal da arbitragem para a solução do conflito, as partes não mais poderão recorrer ao Poder Judiciário, ressalvadas as hipóteses específicas previstas em lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Logo, na ocorrência de litígio, as partes deverão firmar o compromisso arbitral, para que seja dado início ao procedimento. Compete à parte interessada comunicar extrajudicialmente a outra, para que em dia e hora, seja firmado tal compromisso.

Nos termos da lei vigente, havendo resistência por uma das partes em instituir a arbitragem, poderá a interessada se socorrer do Poder Judiciário, para que, por meio de ação própria, seja suprida tal falta.

A eficácia da cláusula compromissória encontra-se reforçada pelos novos sistemas instituídos pela Lei de Arbitragem, pois não cumprida a cláusula compromissória, a parte pode ajuizar ação judicial, a fim de que seja executada especificamente a obrigação.

3.2.1 Cláusula compromissória vazia ou em branco

Por essa cláusula, ficará especificado somente que as partes, na eventualidade de ocorrência litígio, se socorrerão à arbitragem, como forma de solução. Não será redigida de forma detalhada, informando a exemplo, qual o órgão ou quem será o árbitro competente para solucionar o conflito.

Tal cláusula não indica em seu texto as modalidades de instauração da instância arbitral, seja de forma direta, quando prevê a forma de escolha e nomeação dos árbitros, seja de forma indireta, pela remissão às modalidades previstas no regulamento de instituição de arbitragem.

Saliente-se que, via de regra, é comum a utilização dessa modalidade de cláusula, que na maioria das vezes, não traça previamente as regras mínimas de instituição do procedimento arbitral.

3.2.2 Cláusula compromissória cheia ou plena

Ao contrário da cláusula compromissória vazia ou em branco, a cláusula cheia ou plena traz, em seu corpo, a forma como procederá a arbitragem, ou seja, todo o procedimento a ser adotado, equiparando-se ao compromisso arbitral.

Assim, não restará dúvidas quanto à ocorrência do conflito, pois estarão previamente estabelecidas todas as regras a serem seguidas.

Cumpre esclarecer que, embora exista a cláusula compromissória cheia ou plena, não se exime da elaboração do compromisso arbitral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.2.3 Execução específica da cláusula compromissória

Na ocorrência de recusa de uma das partes em firmar o compromisso arbitral, consoante o artigo 7º da Lei nº 9.307/96, poderá a outra requerer a intervenção judicial, para efeitos de suprir a vontade do inadimplente.

Para tanto, deverá ser apresentada petição inicial, com cópia do contrato que contenha a cláusula compromissória ou documento em apartado e o comprovante de notificação, em anexo.

Ato sequente, será designada pelo magistrado presidente da audiência especial, com o fim de ser firmado o compromisso arbitral.

Na audiência, o julgador não poderá adentrar ao mérito da causa, mas tão somente procurar conciliar as partes quanto ao objeto, qual seja, firmar o compromisso, e sobre esse último poderá o magistrado discutir, ou seja, aventará sobre todos os requisitos necessários para elaboração mesmo.

Não havendo acordo, a parte requerida apresentará contestação no ato da audiência ou no prazo máximo de dez dias.

Havendo necessidade de produção de provas, o juiz deferirá ou poderá proferir sentença, e essa, por sua vez, valerá como compromisso arbitral.

Tal procedimento deverá ser célere, sob pena de inviabilizar a solução arbitral, que tem o condão de exaurir decisões rápidas, e, em suma, levar as partes a se compor amigavelmente.

3.3 Compromisso arbitral

O compromisso arbitral é negócio jurídico celebrado entre partes capazes, que se obrigam a aceitar a sentença do juiz não togado por elas escolhido, para dirimir o conflito de direito disponível que se formou entre elas.

Esse é o segundo passo a ser dado para a instituição da arbitragem, porquanto, assim que surgir o conflito tendo sido previamente redigida a cláusula compromissória, deverá ser firmado o compromisso arbitral. É certo, porém, que a cláusula poderá também ser redigida no momento que surgir o conflito. Entretanto, antecederá ao compromisso.

Diferencia-se da cláusula, tendo em vista que, enquanto a cláusula arbitral constitui mera obrigação de fazer, o compromisso é contrato perfeito, que regula a

instituição do juízo arbitral, com a nomeação dos árbitros, o estabelecimento de regras do procedimento e ser adotado ou a previsão da competência dos árbitros para definir tais normas.

Poderá o compromisso arbitral ser judicial ou extrajudicial. Denomina-se judicial, quando pela recusa de uma das partes em firmar o compromisso, esse for substituído por sentença, por termo nos autos. E extrajudicial, quando se tratar de instrumento particular, fazendo-o firmar por duas testemunhas, ou valendo-se por instrumento público.

Não há limitação quanto ao que será acrescido no compromisso facultativamente, permitindo-se que, para melhor moldar os interesses dos envolvidos, sejam inclusos outros itens.

A matéria a ser objeto da arbitragem, poderá ser parcial ou total, ou seja, em contrato firmado, poderão as partes limitar o que será dirimido via arbitral.

O compromisso arbitral será extinto, quando ocorrer uma das hipóteses previstas no artigo 12 da Lei de Arbitragem.

Na ocorrência de qualquer causa de extinção desse dado contratual, extingue-se a arbitragem como modalidade de solução de pendências, outorgando competência para o juízo estatal dirimir o conflito.

Assim, salvo nas hipóteses legalmente previstas, o compromisso arbitral não poderá ser extinto.

3.4 Das partes

O artigo 1º da Lei nº 9.307/96 prevê que somente as pessoas capazes poderão valer-se da arbitragem.

Capacidade é a maior ou menor extensão dos direitos e das obrigações de uma pessoa, de modo que essa aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e obrigações na vida civil, é denominada de capacidade de gozo ou de direito. Já a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por sua vez, a capacidade da pessoa jurídica é adquirida na oportunidade em que é efetuado seu registro junto aos órgãos públicos, sendo lhe atribuído denominação, domicílio, atividade, enfim, toda identificação.

Logo, pessoa natural ou jurídica, desde que capaz, poderão optar por ter seu conflito dirimido pela via arbitral.

3.5 Do tribunal arbitral

Considera-se definitivamente instituída a arbitragem, após aceita a nomeação do árbitro consoante previsto no artigo 19, da Lei de Arbitragem.

É imprescindível que as partes, ao firmarem o compromisso arbitral, façam menção ao árbitro ou, se assim o preferirem, indiquem qual Tribunal será competente para solucionar o litígio, bem como toda sua qualificação.

Saliente-se que, em tal oportunidade, poderão as partes indicar substituto do árbitro, para as hipóteses em que esse último se recusar a dirimir o litígio, falecer ou ficar impossibilitado ou, ainda, quando uma das partes arguir exceção de impedimento ou suspeição.

Caso as partes optem por árbitros, esses deverão ser em número ímpar. Podem ser escolhidos dentre os integrantes de seu corpo de julgadores, ou poderá ficar a critério do próprio Tribunal a nomeação dos árbitros e seus substitutos, de acordo com o objeto da relação.

Na hipótese de as partes decidirem por ter o conflito dirimido por Câmara ou Tribunal, é indicado que antes de firmarem a cláusula compromissória tenham conhecimento de todo o Regulamento interno, para assim, evitarem futuros contratempos e desentendimentos.

O ideal é que pelo menos um dentre os nomeados – nas hipóteses em que não for árbitro único – seja detentor de formação jurídica, para que melhor seja desempenhada a atividade, respeitado os ditames legais, prazos e princípios.

Visa-se manter um número ímpar de árbitros, para evitar qualquer possibilidade de empate na votação. Na hipótese de ser nomeado número par de árbitros, caberá a eles a escolha de um terceiro. Ter-se-á como ineficaz a disposição que prevê o contrário, mesmo que as partes concordem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desta feita, não indicando as partes mais um árbitro, ou não o fazendo os já nomeados, deverão os interessados se socorrerem do Judiciário, para que esse faça a nomeação.

O árbitro, por exigência legal, deve proceder com imparcialidade, independência, competência e discrição, podendo tomar suas decisões baseado nas regras de direito ou por equidade.

Para assegurar a imparcialidade e a independência do árbitro, a lei prevê, para sua escolha, os mesmos impedimentos previstos para os magistrados constantes no artigo 144 do Código de Processo Civil, como, por exemplo, não haver participado anteriormente na demanda, não ter parentesco com as partes, dentre outros.

Não obstante, o árbitro estará sujeito às mesmas incumbências estipuladas para o magistrado, dispostas no artigo 139 daquele mesmo Código, como a igualdade de tratamento às partes, celeridade na decisão e insistência na conciliação.

3.6 Do objeto da arbitragem

O objeto sobre o qual versará a relação desenvolvida no juízo arbitral deverá consistir em direito patrimonial disponível.

Ressalte-se que o patrimônio é formado pelo complexo de bens, móveis, imóveis ou semoventes, como veículos, direitos, ações, posse e tudo mais que pertença à pessoa física ou jurídica e que possa ser passível de apreciação econômica.

Considera-se disponível o direito, quando ele puder ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Enfim, entende-se por direitos patrimoniais disponíveis aqueles que têm valor econômico e de que as partes podem dispor. Trata-se de um poder de autorregulação dos interesses, ficando restrito à esfera particular do indivíduo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, estão excluídas as questões de natureza familiar ou de estado – relativas à capacidade e ao estado das pessoas, bem como as de ordem fiscal, tributária.

3.7 Da sentença arbitral

Sentença é o ato através do qual o julgador põe fim ao processo, podendo ser tida como terminativa do feito ou definitiva.

Considera-se terminativa a sentença, quando põe termo ao processo, sem julgamento do mérito arbitral. Tem-se como definitiva, quando define o direito aplicável ao caso concreto.

Bem como as sentenças proferidas por juiz togado, a sentença arbitral deverá conter o relatório, no qual serão as partes qualificadas, fazendo-se um resumo do objeto da arbitragem; seguindo-se à motivação, oportunidade em que serão esclarecidos os fundamentos da decisão; e, por fim, o dispositivo, onde os árbitros estabelecerão o preceito, resolvendo as questões que lhe foram submetidas. Deve, ainda, ser expressa em documento escrito, sendo assinada por todos os árbitros, quando houver mais de um.

No que tange ao prazo para ser proferida a sentença, o legislador facultou às partes que o estipulasse. No silêncio, o prazo máximo para por fim ao litígio será de seis meses, consoante o artigo 23 da Lei de Arbitragem.

Na hipótese de a escolha ser feita pelas partes, tal prazo poderá ter início no momento em que for aceita pelo árbitro a nomeação, ou ser estipulado outro marco.

De qualquer modo, uma vez definido o prazo para prolação da sentença, deverá o árbitro cumpri-lo. Findo tal prazo, se a sentença não for proferida, compete às partes notificar o árbitro, para que no prazo de dez dias o faça, sob pena de responder por eventuais prejuízos causados as partes.

Apesar disso, poderão as partes e o árbitro, em comum acordo, prorrogar o prazo, se assim, entenderem conveniente.

Depois de proferida a sentença, será remetida uma cópia para as partes, mediante comprovação de entrega, ou poderá ser efetuada pessoalmente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Terão as partes, a contar da notificação ou da ciência do teor da decisão, o prazo de cinco dias para interpor procedimento semelhante ao "Embargos de Declaração", previsto no Código de Processo Civil, nos casos em que a sentença contiver contradição, omissão ou obscuridade.

Da sentença proferida, não será possível a interposição de recursos, salvo se as partes, na convenção de arbitragem, estabelecerem uma modalidade interna de revisão da sentença, a qual será julgada pelo próprio árbitro, ou tribunal arbitral, ou se as partes preferirem, um terceiro poderá decidir, não sendo possível a apreciação pelo Poder Estatal.

Mesmo podendo ser convencionadas pelas partes, modalidades de revisão da sentença, não é aconselhável que sejam apresentadas, pois com isso, estaria sendo prolongado o procedimento e, consequentemente, não seria aplicado o princípio da celeridade, tornando o procedimento arbitral tão moroso quanto as ações propostas perante o Judiciário.

Outrossim, a sentença arbitral será considerada nula quando incorrer em uma das hipóteses previstas no artigo 32 e seus incisos, da referida Lei.

A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores o mesmo efeito da sentença proferida pelo Judiciário.

Recusando-se qualquer das partes a cumprir os termos da sentença, poderá a outra pleitear seus direitos junto ao Poder Judiciário. Em caso de relutância da parte em cumprir, espontaneamente, o determinado pelo juiz arbitral, caberá à outra buscar a intervenção do Poder Judiciário para que este exerça seu poder de império e, assim, mantenha estrita cooperação com o juízo arbitral na tarefa de administração da justiça.

Conclusão

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem teve grande propulsão e destaque com a promulgação da Lei nº 9.307/96, que veio traçar novas diretrizes aquele instituto.

Anteriormente ao advento de referida norma, a arbitragem foi disciplinada nos Códigos Civil de 1916 e de Processo Civil de 1973. Entretanto, tais dispositivos não eram suficientes para a regulamentação do instituto, deixando várias lacunas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Considerando-se a lei em comento, tem-se gerado, entre os litigantes, mais confiança para a adoção desse procedimento, eis que há um regramento próprio e condizente com a realidade da sociedade, que hoje, diante de tantas transações realizadas, necessita de soluções rápidas e econômicas para seus conflitos.

Não obstante o regramento específico da arbitragem, coube ao legislador determinar a observância a alguns princípios, dos quais prevalecem nos processos judiciais, não sendo permitido às partes convencionar de forma diversa, ou ao árbitro julgar em desrespeito a aqueles. Buscando, sobretudo, manter a ordem processual, não fazendo deste mais um instituto falido.

Como a arbitragem é facultativa, deverão as partes convencionar por escrito a opção por dirimirem futuro litígio via tal instituto. Para tanto, serão realizados dois atos: o primeiro denominado como cláusula compromissória, a qual vincula as partes, de forma que, na ocorrência do conflito, será realizado o segundo ato, o compromisso arbitral, que estabelecerá de forma mais detalhada o desencadear do procedimento, inclusive o de decidir a quem competirá o julgamento.

Contudo, foi prevista a opção por, na elaboração da cláusula compromissória, as partes estabelecerem todas as regras para processamento da arbitragem, objetivando, com isso, maior agilidade na solução de futuro litígio.

Dentro de suas especificidades, a arbitragem possui limitações, sejam elas tanto quanto às pessoas que poderão socorrer a esse instituto, ou mesmo quanto ao objeto da relação. Ficando restrito, portanto, a pessoas capazes e o objeto da causa está limitado a direitos patrimoniais disponíveis.

Tais limitações visam a agilizar o procedimento, eis que as pessoas competentes para julgar os conflitos, uma vez conhecedoras e especializadas de acordo com o objeto, poderão de forma precisa decidir o mérito da questão.

Não é necessária a interrupção do procedimento, para que um terceiro manifeste-se dando um parecer técnico, como ocorre nos processos judiciais, quando são nomeados peritos.

Mais uma vez, o legislador logrou êxito em prever que os árbitros estão sujeitos aos mesmos casos de impedimento e suspeição do juiz estatal, ficando as partes, desta feita, seguras quanto ao julgamento.

Outrossim, a sentença arbitral gera os mesmos efeitos da sentença judicial, sendo, portanto, reconhecida como título executivo, podendo, na hipótese do não cumprimento da ordem, ser executada perante o Poder Judiciário.

Assim sendo, a arbitragem mostra-se como uma opção para solucionar litígios de forma hábil, ágil e eficaz.

Referências

ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307 de 23/09/1996),** Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

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

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 01 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Ordinária n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 04 mai. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei 9.307/96**, 2ª Edição, São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, 344 p.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996**. São Paulo: Editora dos tribunais, 1999. 205 p.

STRENGER, Irineu. **Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998. 156 p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAIS ELEITORAIS.

SAYONARA MAGALHÃES NUNES, o autor:
Pós-graduada em Direito Previdenciário e Regimes Especais pela Universidade Cândido Mendes, graduada em Turismo pelo Centro Universitário Newton Paiva, Oficial do Ministério do Estado de Mina Gerais.

RESUMO: Destaca-se que a importância maior quando se abre uma ação de Investigação Judicial Eleitoral é porque através disso será possível impedir e apurar os casos de abuso de poder político ou econômico, bem esse que também envolve o uso indevido de veículos e tudo isso acaba sendo presentes nas disputas eleitorais de alguns políticos. O objetivo desse artigo é identificar se a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) vem sendo considerada um instrumento importante no combate aos ilícitos eleitorais. O presente artigo foi realizado através de pesquisa bibliográfica tendo como base de dados artigos, livros, teses, dissertações e revistas, acrescidos de informações colhidas em trabalhos já produzidos sobre o tema. Para fundamentar a pesquisa diferentes autores foram pesquisados tais como: Gomes (2010); Mesquita Júnior (2005); Ramayana (2008); Castro (2008); Cândido (2006); Pazzaglini Filho (2010); Mattos (2010) e outros. Observou-se que a inelegibilidade de um candidato pode ser pedida por qualquer partido político, congregação, candidato ou pelo Ministério Público Eleitoral perante a Justiça Eleitoral. Constatou-se ainda que a AIJE possa ser desenvolvida desde o início do processo eleitoral. Conclui-se ao final deste artigo que á ação de investigação judicial eleitoral, a AIJE é considerada de muita importância para á justiça eleitoral e para á sociedade, sobretudo nos processos coibentes do abuso de poder nas eleições. Pois quando comprovado o ato ilícito consegue que seja possível declarar a inelegibilidade do candidato que foi beneficiado.

Palavras Chave: Justiça Eleitoral. Investigação Judicial Eleitoral. Inelegibilidade.

Sumário: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 3. Conclusão – 4. Referências

1 - Introdução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Este artigo tem como tema, a importância das ações de investigação judiciais eleitorais. Sobretudo mostrar se a AIJE pode ser considerado um instrumento eficaz para garantir a legitimidade e normalidade das eleições devido a seu rito célere (sumário) que proporciona maior rapidez no combate aos ilícitos eleitorais.

Nesta acepção surge uma pergunta a ser respondida neste artigo:

- As ações de investigação judiciais eleitorais podem ser consideradas um instrumento importante no combate aos ilícitos eleitorais?

Torna-se relevante considerar que em regra pode-se dizer que á causa de pedir essas ações é o abuso de poder, mas é preciso estar atento, pois pode assumir diversas modalidades e ser direcionado a várias finalidades, o que poderá ser enfrentado a partir do caso concreto. Sendo assim torna-se de grande importância para o contexto deste artigo mostrar que o desenvolvimento da ação de investigação judicial eleitoral pode ser preenchido por situações ou fatos dos mais variados que mostram atitudes ilícitas no âmbito eleitoral.

Alguns importantes autores tratam sobre o assunto e como exemplo torna-se importante ressaltar segundo Gomes, o conceito da AIJE por abuso de poder é elástico e flexível, podendo ser preenchido por situações ou fatos tão variados quanto os seguintes:

> Uso nocivo e distorcido de meios de comunicação social, propaganda eleitoral irregular, fornecimento de alimentos, medicamentos, materiais ou equipamentos agrícolas, utensílios de uso pessoal ou doméstico, material de construção, oferta de tratamento de saúde, contratação de pessoal em período vedado, percepção de recursos de fontes proibidas, etc. (GOMES, 2010, p.442)

Sendo assim o objetivo desse artigo é identificar se a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) vem sendo considerada um instrumento importante no combate aos ilícitos eleitorais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O presente artigo foi realizado através de pesquisa bibliográfica tendo como base de dados artigos, livros, teses, dissertações e revistas, acrescidos de informações colhidas em trabalhos já produzidos sobre o tema.

Para fundamentar a pesquisa diferentes autores foram pesquisados tais como: Gomes (2010); Mesquita Júnior (2005); Ramayana (2008); Castro (2008); Cândido (2006); Pazzaglini Filho (2010); Mattos (2010) e outros.

2 - Desenvolvimento

Destaca-se que quando se fala na Justiça Eleitoral, é preciso mencionar que de fato ela foi instituída em 1930, e seu objetivo maior sempre trazer como princípio a moralização das eleições. Sendo assim considerar que o primeiro Código Eleitoral brasileiro, criado na mesma época, constituiu uma série de medidas para sanar os vícios eleitorais. E logo previa o uso da máquina de votar. A Justiça Eleitoral, agora responsável por todos os trabalhos eleitorais (alistamento, organização das mesas de votação, apuração dos votos, proclamação e diplomação dos eleitos), buscava mecanismos para garantir a lisura dos pleitos. (MESQUITA JÚNIOR, 2005)

Consequentemente considera-se que através de mecanismos da justiça eleitoral o cidadão por diferentes motivos pode ser privado categoricamente ou provisoriamente, de seus direitos políticos, em face de pressuposição taxativamente expressa nos textos constitucionais.

> Privação dos direitos políticos, seja nas suposições de perda, seja nas de suspensão, conglomera a perda do mandato eletivo, determinando, deste modo, imediata cessação de seu exercício. Nota-se que no caso de tratar-se de parlamentares federais, a própria Constituição Federal regulamenta o mecanismo da perda do mandato, afirmando em seu art.55 § 3º, que perdera o mandato o Deputado ou Senador que trouxer suspensos seus direitos políticos por Asseveração do Juiz da Casa respectiva, de oficio de mediante provocação, de seu partido político concebido no Congresso Nacional,

> garantida à ampla defesa. Essa presciência apenas não é aplicável na suposição de suspensão de direitos políticos por reprovação criminal em sentença transitada em julgado, enquanto permanecerem seus efeitos (MORAES, 2006).

Torna-se importante destacar que na justiça eleitoral um de seus maiores feitos foi estabelecer a possibilidade de ser desenvolvida uma ação de investigação judicial eleitoral, esta por sua vez se apresenta com a finalidade de que seja possível promover a apuração de fatos capazes de configurar o cometimento de qualquer irregularidade no processo eleitoral e a prejudicial influência do abuso do poder econômico, do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (ALVIM, 1996)

Deste modo em seus escritos Ramayana (2008, p. 330) define a finalidade desta ação destacando que: *"trata-se de uma ação que visa a combater os abusos de poder econômico e/ou político, praticados por candidatos, cabos-eleitorais, simpatizantes e pessoas em geral, desde que exista um nexo de causalidade entre as condutas e a ilicitude eleitoral".*

Destarte importante que qualquer partido político, coligação, candidato ou o Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, inteiramente ao Corregedor Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso de poder econômico ou de poder de autoridade.

Em relação ao assunto, Castro (2008) em sua analise avalia que:

> Se a conduta, no caso concreto, caracteriza abuso de poder e não encontra sanção específica na Lei Eleitoral, resta a sua apuração e punição através da Investigação Judicial da Lei Complementar 64/1990.

Sendo assim torna-se importante expor o entendimento de Candido, (2010) que por sua vez ressalta que a base legal para a propositura da AIJE – Ação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Investigação Judicial Eleitoral acha-se nos artigos 19 e 22 da Lei Complementar 64/1990, in verbis:

> Art.19. As transgressões relacionadas à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais cumpridas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Eleitorais.
>
> Parágrafo único. A apuração e a punição das transgressões mencionadas no caput deste artigo terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
>
> Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político (...).

Portanto esclarece Garcia (2004) em seus artigos que à investigação judicial eleitoral traz sua previsão no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal, disposições essas regulamentadas pela Lei Complementar n. 64/1990. Esse tipo de ação decorre sendo amplamente empregado em campanhas eleitorais, contra candidatos que abusam do poder econômico e ou político, constituindo-se em instrumento eficaz para a fundamentação de recurso contra a diplomação ou de ação de impugnação de mandato eletivo, e presta-se para a declaração de inelegibilidade e cassação de registro de candidato. A investigação judicial busca proporcionar aos envolvidos no

processo eleitoral condições de normalidade e legitimidade das eleições e resguardar o interesse público que incide na lisura do pleito.

Ressalta Costa (2006) a Constituição da República, em seu artigo 14, disciplina que: *"a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos."* Acresce, também, no § 9º do mesmo artigo, que lei complementar protegerá a moralidade para o exercício do mandato, bem como garantirá a higidez das eleições. Neste contexto, a finalidade da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, segundo o que consta na previsão constitucional é proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e de outros casos de abuso de poder, em detrimento da liberdade do voto.

Vale frisar que a ação de investigação judicial eleitoral é um procedimento administrativo eleitoral que tem curso perante a Corregedoria-Geral, nas eleições presidenciais; as Corregedorias Regionais, nas eleições estaduais, e os Juízes Eleitorais, nas eleições municipais. Por se tratar de processo administrativo, a teor do art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, carece obedecer ao devido processo legal. Não obstante isso tem esse tipo de ação natureza investigatória, uma vez que age como instrumento para apuração de infrações e crimes eleitorais. Proporciona ainda natureza jurisdicional de caráter constitutivo, quando atribui a algum candidato ou colaborador a cassação do registro, do mandato ou do diploma eleitoral, e declaratório, quando declara a inelegibilidade de algum dos candidatos ou colaborador. (COSTA, 2001)

Destaca-se que a Investigação Judicial Eleitoral tem natureza jurídica de ação, pois se apresenta como instrumento competente à apuração da conduta ilícita, praticada contra os que cometem ou são favorecidos pelo abuso de poder em prol de determinada candidatura, bem como presume a aplicação da sanção descrita na norma como explica Castro, (2008, p. 409)

Na visão de Ramayana (2008, p. 338), tratando da AIJE, diz que:

> Para a caracterização do abuso de poder econômico ou político, é necessária a prova da potencialidade lesiva [...]. Deve-se provar o comprometimento da lisura das eleições, à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> luz do contexto probatório coligido. No entanto, se a AIJE tiver por fundamento o art. 41-A da Lei n. 9.504/1997, ele admite que a potencialidade lesiva não tem relevância, sendo "suficiente que o candidato pratique o ato ilícito eleitoral definido.

Por sua vez Garcia (2004) acrescenta*: "aqueles que se erguerem ao poder utilizando-se de procedimentos que não conjeturem a vontade popular em sua pureza e integralidade, em essência, não poderão apresentar-se como emissários desta, pois destituídos de legitimidade".* Ademais, ressalva o autor, indicando a noção de abuso de direito, que o abuso de poder nas eleições acontece sempre quando alguma pessoa ao desempenhar o seu direito, danifica o direito de igualdade de todos no pleito, de modo a afetar o regular desenvolvimento do certame e a imprescindível correlação que deve haver entre a vontade popular e o resultado das urnas.

Cabe ressaltar que uma vez configurado o abuso, deve- se constatar qual o fundamento legal a ser aplicado, competindo ao investigante apontar por meio das particularidades existentes no caso concreto, se ajuizará a AIJE prevista na LC 64/1990, ou a Representação do art. 96 da LE 9.504/1997. Na visão do Professor Castro, (2008) "*o abuso de poder se manifesta de diferentes formas e inclusive em situações imprevisíveis, não sendo possível apontar todas as condutas abusivas existentes".*

De acordo com Candido (2010) além do Princípio da Igualdade Eleitoral, um dos mais importantes que regem do direito eleitoral brasileiro, a proibição da prática de condutas vedadas a agentes públicos assevera, do mesmo modo, os Princípios da Impessoalidade e da Moralidade Administrativa, previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1998, ensejo pelo qual sua prática pode dar motivo, em questão, a sanções que vão muito além das normas eleitorais. É presumível, por exemplo, um parlamentar perder o mandato por procedimento declarado conflitante com o decoro parlamentar, nos casos definido no regimento interno à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

casa a que pertencer, ou por abuso das prerrogativas garantidas ou então pela astúcia de vantagens impróprias.

Elucida Ramayana, (2008) que com a publicação da Lei n. 12.034 que fixou o prazo de 15 dias após a diplomação para o ajuizamento da Ação, muito tribunais se aproveitaram da alteração da norma e passaram a aplicá-la de imediato às ações que foram aforadas com relação nas eleições de 2008. Porém, quando a lei foi publicada, já haviam passados 9 (nove) meses da diplomação. Deste modo, muitos tribunais eliminaram a ação sem julgamento do mérito, mesmo meses após a ação ter sido protocolada, ou seja, empregaram a Lei n. 12.034 retroativamente.

Com a finalidade de resguardar o direito ao sufrágio, atribuindo assim maior efetividade às decisões acerca da compra de votos, por meio de iniciativa popular nasceu a Lei 9.840/99, que acresceu, dentre outros, à Lei 9.504/97 o artigo 41-A, que estabelece:

> Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999). (CONEGLIAN, 2005)

Deste modo Pazzaglini Filho (2010) conceitua a captação ilícita de sufrágio indo, até mesmo, além, ao asseverar a sua qualidade de corrupção eleitoral mediante doação, oferta ou juramento de qualquer vantagem real ao eleitor, apresentando como contrapartida o seu sufrágio. Nesse sentido, a captação ilícita de sufrágio igualmente pode ser demarcada como o *"aliciamento espúrio de eleitores mediante a compra, direta ou disfarçada de seus votos ".*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com Almeida (2011) a Lei das Eleições, nº 9.504/97, em seu artigo 41-A, ordena que componha captação de sufrágio, advertidos os gastos eleitorais sujeitos ao registro, nos limites fixados pela própria lei:

> O candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma.

Na acepção de Mattos, (2010, p.100) a captação ilícita de sufrágio está marcada nos casos em que:

> A promessa se relacionar com benefício a ser obtido concreta e individualmente por eleitor determinado, aí sim há de aplicar o disposto no aludido dispositivo legal. A promessa de vantagem pessoal em troca de voto é parte integrante da espécie integrante da norma. Sem isso, inviável é a representação.

Deste modo o TSE percebe que a constatação de quaisquer dos núcleos do artigo 41-A da referida lei tenta a presunção do objetivo de conseguir voto, tornando-se dispensável a prova tendo em vista a corroborar tal resultado. "Calcula-se o que normalmente acontece, sendo excepcional a solidariedade no campo econômico, a filantropia". (BRASIL, 2006)

Torna-se importante destacar que abrir uma ação de investigação judicial eleitoral em relação da aplicação das sanções por captação ilícita de sufrágio, o TSE igualmente como a doutrina, argumenta no sentido de que não é imprescindível a participação direta ou indireta do candidato. Chega o consentimento, a anuência, o conhecimento ou inclusive a ciência dos fatos que procederam na prática do ilícito eleitoral. À luz desse entendimento, existem decisões do Tribunal que asseguram ser irrelevante, para a caracterização da conduta, se o candidato compareceu como

mero espectador ou se teve, efetivamente, posição de ênfase no contexto fático. (ALMEIDA, 2011)

Sobre o assunto mencionado acima destaca-se que a reforma eleitoral concebida pela Lei n.º 11.300/2006 procurou alcançar diversos aspectos convergentes para os propósitos acima mencionados, quais sejam, extinguir ou diminuir a corrupção, o abuso de poder econômico e todas as formas de desvio dos recursos financeiros eleitorais. Além das alterações de ordem material, a minirreforma colocou uma nova razão de solicitar as ações de investigação judicial eleitoral, ou como bem assevera Costa (2006):

> Criou-se um novo ato jurídico ilícito (captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais) cominando-lhe a sanção de negação ou cassação do diploma do candidato eleito.

Observou-se que á ação de investigação judicial eleitoral sempre foi vista como respeitável componente para o mundo jurídico e, sobretudo para á sociedade, quando seu julgamento acontece antes das eleições, pois assim mostra-se respaldo na efetividade da prestação jurisdicional, pois nesse momento a lei exaure sua função, punindo perfeitamente àqueles que a infringiram.

3 - Conclusão

Ao término deste artigo observou-se que foi alcançado o objetivo proposto, pois no entendimento de diferentes autores a AIJE é considerada como sendo um dos mais importantes processos coibidores de atitudes ilícitas dos candidatos ou aos que exercem cargos políticos.

Verificou-se que o procedimento da ação de investigação judicial eleitoral, quando julgado procedente, declara a inelegibilidade do candidato beneficiado pelo ilícito para os três anos subsequentes à eleição em que ocorreu, bem como cassa o registro desse candidato, quando o julgamento ocorre antes da data da eleição, ou impede sua diplomação, quando o julgamento ocorre antes da diplomação, mas depois da data da eleição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto destaca-se que a inelegibilidade de um candidato pode ser pedida por qualquer partido político, congregação, candidato ou pelo Ministério Público Eleitoral perante a Justiça Eleitoral.

Constatou-se ainda que a AIJE pode ser desenvolvida desde o início do processo eleitoral, com a realização das convenções, até a data da diplomação dos eleitos, o que tem por fundamento os fatos relacionados a candidatos ou pré-candidatos, não obstante o fato considerado abusivo possa ter ocorrido antes do início do processo eleitoral.

Notou-se que quando se fala de quem pode ser a competência para processar e julgar a AIJE destaca-se que isso vai depender da natureza da eleição. Pois observou-se que sendo atos ilícitos cometidos por presidenciais, competente ao Tribunal Superior Eleitoral. Nas federais e estaduais, são os Tribunais Regionais Eleitorais. Nas municipais, os juízes eleitorais.

Conclui-se ao final deste artigo que á ação de investigação judicial eleitoral, a AIJE é considerada de muita importância para á justiça eleitoral, sobretudo nos processos coibentes do abuso de poder nas eleições. Pois quando comprovado o ilícito consegue que seja possível declarar a inelegibilidade do candidato beneficiado pelo abuso para os três anos seguintes à eleição em que sucedeu, bem como cassa o registro desse candidato, quando o julgamento advém antes da data da eleição, ou impede sua diplomação, quando o julgamento ocorre antes da diplomação, mas depois da data da eleição.

4 - REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 5. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2011.

ALVIM, Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual**. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 5146. rel. designado Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral: 20/04/2006. p. 124. Disponível em: http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ce-

ementarios-tematicos-captacao-ilicita-de-sufragio-1340136139026 Acesso em: 08/05/2017.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 14ª Ed. Bauru/SP: EDIPRO, 2010.

CASTRO, Edson de Resende.**Teoria e prática do direito eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral**: de acordo com o Código Eleitoral e com a Lei 9.504/97, modificada pelas Leis 9.840/99, 10.408/02 e 10.740/03. 6. ed, 2. tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 118.

COSTA, Adriano Soares Da. **A petição inicial da ação de impugnação de registro de candidato**: o problema da causa de pedir. Resenha eleitoral: Nova Série, Florianópolis. v. 8, n. 1, jan./jun. 2001.

COSTA, Adriano Soares Da. **Instituições de direito eleitoral**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Adriano Soares Da. **Comentários à Lei nº 11.300/2006** . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1107, 13 jul. 2006.

GARCIA, Emerson. **Abuso de Poder nas Eleições***:* Meios de Coibição. 2. ed. Rio de Janeiro: 2004.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MATTOS, Rafael de Medeiros Chaves. **Captação ilícita de sufrágio à luz da Lei 12.034/2009:** novos elementos, novo ilícito e sua aplicação. Revista do advogado. São Paulo. n. 109. p 100-110. ago. 2010

MESQUITA JÚNIOR, Geraldo. **Sistemas Eleitorais**. Brasília: Senado Federal, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010:** elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos... São Paulo: Atlas. 2010.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

FEMINICÍDIO NO ESTADO DO AMAZONAS: ESTUDO DAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS EM FACE DA LEI Nº. 13.104/2015.

EMILLY CATARINE FARIAS NERY, o autor:
Graduanda em Direito 2019 no CIESA/AM.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES[1]
(Orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como tem como objetivo refletir sobre analise das causas e conseqüências do feminicídio, bem como a violência intra e extra familiar como reflexo do feminicídio no Estado do Amazonas. Quais as causas e consequências jurídicas do feminicídio no âmbito familiar e social, bem com os reflexos da violência intra e extra familiar. Neste aspecto o método utilizado foi indutivo que visa trazer assunto específico para o geral. Foi tipificado recente, insurgir num momento em pratica de violência contra a mulher se alastra e culmina com seu homicídio geralmente por motivo torpe e banal propalando indignação popular, necessitando por parte das autoridades competentes medidas enérgicas no intuito de resguardar de forma preventiva o crescimento das ocorrências em que autor / agressor não continue em liberdade e que sejam tomadas as devidas medidas cabíveis na forma Lei contra a prática tal delito vislumbrando uma sensação de impunidade e certa passividade por parte do poder publico. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se que Brasil está ocupando o 5º lugar no ranking de casos de homicídios, conforme estatísticas divulgadas em 2015 por organizações empenhadas nesse combate: Organização Mundial de Saúde (OMS), Organização Pan – Americana de Saúde (OPAS) e Organização das Nações Unidas – ONU Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Desta forma, os assassinatos praticados contra a mulher passam a ser considerado agora homicídios qualificado, determinando-se assim penas mais severas em casos envolvendo a violência doméstica e outras formas de opressão promovidas pelo simples fato de ser mulher. Na cidade de Manaus não é diferente do resto do Brasil os índices ainda são alarmantes ocupando o 3º lugar como Cidade que pratica homicídios contra a mulher por seus companheiros, namorados, e familiares por causas diversas ceifam as vidas dessas mulheres deixando órfãos e destruindo famílias.

Palavras-chave: feminicídio; Amazonas; Lei.

ABSTRACT: This article aims to reflect on the analysis of the causes and consequences of femicide, as well as intra and extra-familiar violence as a reflection of femicide in the State of Amazonas. What are the causes and legal consequences of femicide in the family and social context, as well as the consequences of intra and extra-familiar violence? In this aspect the method used was inductive that aims to bring specific subject to the general. It has recently been typified that insurgency at a time of violence against women spreads and culminates in her homicide, usually for a foolish and banal motive, promoting popular indignation. in which the perpetrator / perpetrator does not remain at liberty and appropriate measures are taken in the form of Law against the practice of such offense, envisaging a sense of impunity and a certain passivity on the part of the public power. To this end, we used the case law, summaries, statements and understandings of recurring cases that has been a parameter to resolve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. It remains that Brazil is occupying the 5th place in the ranking of homicide cases, according to statistics released in 2015 by organizations engaged in this fight: World Health Organization (WHO), Pan American Health Organization (PAHO) and United Nations Organization - UN Women, Racial Equality and Human Rights. In this way, murders committed against women are now considered qualified homicides, thus leading to more severe penalties in cases involving domestic violence and other forms of oppression promoted by the mere fact of being a woman. In the city of Manaus is no different from the rest of Brazil the rates are still alarming occupying the 3rd place as a city that practices homicides against women by their partners, boyfriends, and relatives for various causes claim the lives of these women leaving orphans and destroying families.

Keywords: Feminicide; Amazonas; Law.

INTRODUÇÃO

Ao abordamos esta pesquisa nos deparamos com a Lei nº. 13.104/2015, nomeada de Lei do Feminicídio surgiu como forma de solucionar á coação sobre a sociedade revoltada com a tolerância ao crime no que concerne a prática recorrente de toda sorte de violência contra a mulher que não raramente recebe o penoso status de vítima de homicídio. Desta forma, o homicídio de mulheres passa a fazer parte do rol de crimes hediondos de acordo como preceitua a Lei nº. 8.072/1990 como conseguinte a referida lei já organiza sobre os aspectos do genocídio e latrocínio, cujas penas determinados no Código Penal é de 12 a 30 anos de reclusão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, o crime de homicídio pode gerar pena de reclusão entre 6 a 20 anos, contudo se foi definido como feminicídio a punição parte de 12 anos de reclusão.

É exequível analisar anfêmero o exercício abusivo de atos de violência contra a mulher, sejam estes que se sobressai ou não nos meios de comunicação social, e quase sempre lança-se culpa sobre a vítima, como se houvesse um motivo aceitável por tal realidade e, por conseguinte, não se permitindo á maior ofendida, o direito a defender-se das afirmações enganosas e injusto, que não servem como alegação apropriada ao autor de tamanha barbaridade, mas que sem dúvida apenas revela a capacidade de procrastina a violência que a vítima continua a sofrer mesmo depois de estar sem nenhuma chance de lutar. Nesta acepção, conta-se que com esse estudo possa auxiliar a percepção de conceitos e pontos de vistas que possam fortalecer essa luta contra as mais diversas formas de violência praticada contra a mulher que por vezes leva a morte, apenas pelo fato de ser mulher.

Acreditamos que nessa síntese acadêmica torne-se mais evidente que propale alteração em relação a punição daquele que suscita o homicídio de mulheres, sejam quais forem seus vínculos com a vítima, bem como as situação da ocorrência, ou seja, espera-se que possa visualizar quais as mudanças que vem sendo observadas em relação a Lei do Feminicídio no Brasil com vistas a prevenir e combater a violência contra a mulher.

A luta contra violência depreendida à mulher, aborda a questão dos mecanismos e os recursos utilizados na punição em desfavor do autor do fato trata-se de um ínfimo fio na teia das tão complexas relações desencadeadas no meio social.

O evidente estudo tende aduzir algumas deferências teóricas posta em documentos oficiais, bem como dados estatísticos, que revelam a perspectiva de doutrinadores que representam os mais diversos organismos engajados nesse processo de mudança de comportamento diante deste ser historicamente tão flexível, colocando-se como defensor de quem sempre foi obrigada a se manter em silêncio.

Na cidade de Manaus a violência contra o sexo feminino continua em alta e as mortes acompanham este triste índice estatístico no qual se figura no 3º lugar como Estado mais violento no Brasil de acordo com Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em homicídios apesar da sociedade organizada lutar para diminuir essa incidência ainda não se viu de fato melhora efetiva, mais acredita-se com edição várias Leis neste sentido de manter incolumidade e tornar mais rígida as penas, com medidas mais eficazes em pouco tempo possamos dizer que os homens valorizar a mulher como ela merecer e não como coisa.

O trabalho de pesquisa tem o seguinte objetivo geral "analisar as causas e conseqüências do feminicídio, bem como a violência intra e extra familiar como reflexo do feminicídio no Estado do Amazonas. E tendo como objetivos específicos - Estudar o que é feminicídio com base na Lei nº. 13.104/2015; - Identificar dados

estatísticos no Estado do Amazonas sobre Violência no âmbito intrínseco e extrínseco; - Demonstrar as causas e consequências do feminicídio no Estado do Amazonas.

No problema foi levantado: Quais as causas e consequências jurídicas do feminicídio no âmbito familiar e social, bem com os reflexos da violência intra e extra familiar ?

Na metodologia este estudo será pautado pelo método indutivo é um processo mental que, para chegar ao conhecimento ou demonstração da verdade, parte de fatos particulares, comprovados, e tira uma conclusão genérica. É um método baseado na indução, ou seja, numa operação mental que consiste em se estabelecer uma verdade universal ou uma referência geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares.

Na divisão por capítulo é abordado: 1 feminicídio, 2 as medidas legislativas no combate a violência domésticas, 3 feminicídio no estado do amazonas. Estes são aspectos da abordagem desta pesquisa.

1 FEMINICÍDIO

1.1 Definição

De acordo com Santos (2018) defini que "feminicídio" é o homicídio praticado contra a mulher motivado por razões de gênero. Assim sendo, nem todo homicídio cuja vítima é uma mulher pode ser considerado necessariamente um feminicídio. Cabendo ao Estado, especialmente os organismos de segurança e justiça, a observância das motivações do assassinato afim de que se apure se houve ou não motivação de gênero para a prática do crime.

Não podemos deixar de abordar o conceito formal em relação ao tema feminicídio.

> O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associado ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher submetendo-a à tortura ou a tratamento cruel e degradante. (SANTOS, 2018, p.14 *apud* CPMI - CVM, 2013).

O Feminicídio pode ser qualificado como um crime de ódio, em que seu objeto de aversão é a mulher. Desde 2015 foi incorporado ao quadro jurídico como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uma forma de se refrear os sobejos de atos de violência que vitimizam a mulher, porém, o conceito não surgiu nesses últimos anos, em que tem sido largamente debatido, mas já existe há pelo menos quatro décadas. (MERELES, 2018).

1.2 Caracterização intrínsecos e extrínsecos

Para distinguir se houve motivos de forma nos seguintes tipos de homicídios de mulheres, deve-se analisar se a circunstância feminina é escopo direto dessa violência, e isso pode ocorrer em diversas modalidades, de varias formas, hostilizando sempre em atingir a mulher de alguma maneira, dada à construção social do papel de gênero.

Outro aspecto destacado por Santos (2018) citando PRADO E SANEMATSU, (2016, p.21-23) as mulheres são vítimas sob condições:

> Íntima – morte de mulher cometida por uma pessoa com quem a vítima tinha ou tenha tido uma relação ou vínculo íntimo;
>
> Não íntima – morte de uma mulher cometida por um homem desconhecido;
>
> Infantil – morte de uma menina com menos de 14 anos de idade cometida por um homem no âmbito de uma relação de responsabilidade, confiança ou poder conferido pela sua condição de adulto sobre a menoridade da menina.
>
> Familiar – morte de uma mulher no âmbito de uma relação de parentesco entre a vítima e o agressor;
>
> Por conexão – morte de uma mulher que está na linha de fogo' no mesmo local onde um homem mata ou tenta matar outra mulher;
>
> Sexual sistêmico – morte de mulheres que são previamente sequestradas, torturadas e/ou estupradas;
>
> Por prostituição ou ocupações estigmatizadas – morte de uma mulher que exerce prostituição e/ou outra ocupação – strippers, garçonetes, massagistas ou dançarinas de casas noturnas – cometidas por um ou vários homens;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Transfóbico – morte de uma mulher transgênero ou transexual na qual o (s) agressor(es) a mata por sua condição ou identidade de gênero transexual, por ódio ou rejeição;
>
> Lesbofóbico – morte de uma mulher lésbica na qual o(s) agressor (s) a mata por sua orientação sexual, por ódio ou rejeição;
>
> Racista – morte de uma mulher por ódio ou rejeição de sua origem étnica, racial ou de seus traços fenotípicos;
>
> Por mutilação genital feminina – morte de uma menina ou mulher resultante da prática de mutilação genital.

1.3 Feminicídio Íntimo

No Brasil, sabe-se que muitos casos em que o companheiro, ou ex-companheiro comete o feito de perversidade em matar uma mulher, procura motivar como se fosse uma ocorrência inopino, conveniente a um momento desequilíbrio ou desorientação emoção, imputando a vítima por tal agressão, ou seja, sua conduta é indigitada como fator desprender de tal condição.

Cogita-se que o agressor sentiu-se injuriado, possessivo, recalcitrante, chegando a descontrole, como se fosse algo comum, isto é, um ato frequente, quando na verdade se sabe que tal atrocidade não tem como ou porque se legitimar.

> Neste cenário, a tipificação penal do feminicídio foi apontada por especialistas como uma importante ferramenta para denunciar a violência sistêmica contra mulheres em relações conjugais que muitas vezes resulta em homicídios encarados como ‘’crimes passionais’’ pela sociedade, pela mídia e até mesmo pelo sistema de justiça. (MERELES, 2018, p.1 *apud* GALVÃO, 2016).

Destarte, é indispensável depreender, conforme nos norteia os doutrinadores, que a morte de uma mulher, promovida por seu cônjuge, não são desinente do amor efêmero ou de uma mera altercação, marital, mas de uma história perenizada por séculos, de disparidade de gênero.

Segundo Santos (2018) citando Patrícia Galvão (2016, p.16-17) indica a Lei Maria da Penha como presunção essencial na mitigação da questão do feminicídio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e faz alusão seis pontos tomados como excipiente, para se objetar o feminicídio intimo, a saber:

> 1. A Lei Maria da Penha esclarece cinco formas e não presumir que só há violência quando a agressão deixa marca físicas evidentes. Confirma a violência psicológica, mas relações, não subestimar o perigo por trás de uma cominação ou de uma aparente lesão corporal leve podem acautelar violências mais graves, incluindo feminicídio íntimo. O que no Código Penal é uma lesão leve pode ser resultado de uma tortura sistemática ou mesmo de uma tentativa de feminicídio por enforcamento, afirma Teresa Cristina Rodrigues dos Santos, Juíza do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e titular da 2ª Vara Criminal da comarca de Santo André (SP).
>
> 3. É imprescindível perceber que não existem paradigmas e aspectos das vitimas ou agressor, pois a violência domestica e familiar pode perceber também entre as pessoas com ou sem vinculo de parentesco, mas que matem relações de intimidade.
>
> 4. O emprego de álcool, drogas ou ciúme não são razões e não servem como apologias para violências. São apenas fatores que podem contribuir para a eclosão de incidente de violência, mas que muitas vezes são usados como pretexto, fomentando a impunidade e irresponsabilidade pela violência.
>
> 5. A causa não é da vítima: ninguém pode ser responsabilizado pela violência que sofreu.
>
> 6. A Lei Maria da Penha prevê medidas protetivas de urgência para a mulher em situações de violência, como a retirada do cônjuge do lar ou até a prisão preventiva do agressor.

Segundo a doutrina, tais critérios, firmados pela Lei nº. 11.340 de 2006, são indispensáveis, para a percepção do feminicídio intimo, haja vista que é examinada violência domestica e familiar contra a mulher, qualquer ação ou omissão que tenha por base a conjuntura de gênero que venha vituperar sua morte, lesão ou quaisquer formas de agruras seja ele físico, sexual ou psicológico bem como, dano moral ou patrimonial, seja no ambiente doméstico, familiar ou em qualquer estado de relação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

íntima de afeto, não envolvendo a orientação sexual. É ampla a obrigação da Lei Maria da Penha em sua preparação na sociedade patriarcal em que se pode testemunhar tanta injustiça, descriminação e violências contra a mulher.

Neste epítome, pode-se dizer então que o feminicídio íntimo é aquele praticado por cônjuge, companheiro, esposo, marido, namorado, parceiros sexuais, em relações atuais ou anteriores (passadas) ou por qualquer outro homem com quem a vitima têm ou teve uma vinculação familiar ou de intimidade, ou afim.

O Feminicídio é o resultado mais de extremo de opressão doméstica contra a mulher, contudo, de certa forma, abrange-se de maneira a impelir todos aqueles que rodeiam a vítima, sobretudo o filho do homicida e da mãe exterminada, que carecendo viver com a dor e o estigma proveniente de tal momento.

1.4 Feminicídio não Íntimos

O Feminicídio não íntimo é o que o agressor não possui relação íntima, familiar ou de intimidade com a vítima. Pode ser alguém com quem a vitima tenha convencionado uma vinculação de convivência, subordinação ou amizade, como por exemplo, colegas de trabalho ou de faculdade, profissionais da área de saúde, empregados ou até mesmo desconhecidos.

A distinção e o escárnio no relacionamento o estado da mulher são causas que concorrem de certa forma com a exortação do feminicídio, pois muitas vezes, aspectos indispensáveis, são desprezados ou ignorados, desprezando, o evento. E há fatos em que outros implicados com a vítima do feminicídio conseguem ser assassinadas, conveniente, ao fato do agressor assentir que sejam coligados da vítima, como por arquétipo como: amigos, vizinhos, parentes, ou um novo parceiro da vítima, além dos filhos do casal.

Quanto aos feminicídios íntimos alguns delitos são exercidos a subterfúgio de proteger-se a ‘‘honra’’ do agressor. Assassinado-se mulheres em diferentes das quais familiares, pressupõe-se, ter atuação ou conduta sexual impróprio, que hipoteticamente transgrediu preceito moral, que inclui adultério, gravidez ou relação sexual extra-matrimonial, ou até mesmo em caso de estupro. Assim o agressor supõe-se que está agindo em defesa da ‘‘honra’’, da ‘‘moral’’ e dos ‘‘bons costumes’’, ‘‘defendendo a reputação’’ da família, conservando a ‘‘tradição’’ inclusive religiosa, e não raro, tais homicídios são cometidos para esconder incesto e outros vitupérios no seio familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os informativos eletrônicos e a doutrina que versam sobre o assunto em muitas situações o feminicídio não íntimo atinge mulheres cujas atividades são tidas como deliquentes ou estigmatizadas pela sociedade, tais como as prostitutas. Nos casos diversos, a mulher assassinada, está no lugar errado, porém, na ''linha de fogo'' do agressor, isto é, ele anseia matar outra mulher, mas esta interfere, colocando como alvo do assassino, em uma tentativa de inibir a morte de outra mulher ou menina, termina desperdiçando a própria vida, independente da ligação com o agressor que muitas vezes é um incógnito.

Como conseguinte, chama a atenção para a maneira ou *modus operandi* de agir do agressor em relação à vítima, como a vitima é morta pode mostrar a discriminação ou até o ódio ao feminino, por exemplo, quando ocorre mutilação de órgãos genitais ou partes do corpo feminino, ou quando se adota violência sexual, são elementos reconhecedores do desdém à quesito mulher.

1.4 Elementos Norteadores do Feminicídio

Os técnicos e profissionais da área podem analisar elementos como a violência física é manejada pelo agressor contra a vítima, bem como o número de golpes desfraldados contra a mesma, o tipo de arma utilizada e as partes do corpo atingidas. Deve-se notar também se antes do assassinato foi praticado outro tipo de violência, ou se no ambiente onde o fato aconteceu há outros indícios de violência e violência simbólica, como por exemplo, a devastação de objetos, fotos, documentos ou vestes da vítima. Ou seja, há uma sucessão de elementos que podem indicar preconceito, desestima e discriminação da vítima por uma mulher.

Os elementos que ajudam a identificar razões de gênero partindo da observação das evidências e circunstâncias em que se dá a ocorrência do crime, levantando características do agressor e das vítimas, bem como do histórico de vida de ambos e das ocorrências envolvendo violência. (SANTOS, 2018, p.24).

2 AS MEDIDAS LEGISLATIVAS NO COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICAS

As medidas legislativas são foram Leis criadas no intuito de prevenir e combater de forma preventiva a violência praticada contra mulher em todo seu aspecto moral, psicológico, físico e emocional. Como veremos a seguir.

2.1 Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006

Aprovada por unanimidade pelo Congresso Nacional e assinada em 7 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340/2006 – popularmente conhecida como Lei Maria da

Penha – tornou-se o principal instrumento legal para coibir e punir a violência doméstica praticada contra mulheres no Brasil.

Em 2012, foi considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a terceira melhor lei do mundo no combate à violência doméstica, perdendo apenas para Espanha e Chile. É conhecida por mais de 94% da população brasileira, de acordo com a Pesquisa Avon/Ipsos (2011), e na opinião do ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Carlos Ayres Britto, é uma das mais "belas e alvissareiras" novidades pós-Constituição de 1988, pois "coíbe com severidade, como deve ser a violência doméstica ou a violência contra a mulher no ambiente doméstico". (SANTOS, 2018, p.31).

O ministro Ayres Britto ainda salienta que a lei é ambiciosa, pois pretende não apenas "mudar comportamentos, mas mudar mentalidades".

> Hoje 98% da população conhece a Lei Maria da Penha, segundo Pesquisa Data Popular/Instituto Patrícia Galvão, realizada pela Campanha Compromisso e Atitude com apoio da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência. Homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, após mais de 15 anos sendo vítima de violência por parte de seu cônjuge e não mais suportando a omissão do Estado brasileiro, duas vezes vítima de tentativa de assassinato pelo marido e que ganhou notoriedade ao apresentar o seu caso à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos). Entre as sanções impostas ao Brasil, esteve à obrigatoriedade de nosso Poder Legislativo editar ato normativo a fim de coibir e prevenir à violência doméstica a família, o que resultou na norma que estamos estudando. A Lei Maria da Penha é considerada um avanço, pois reconhece como crime a violência intrafamiliar e doméstica, tipifica as situações de violência determinando a aplicação de pena de prisão ao agressor e garante o encaminhamento da vítima e seus dependentes a serviços de proteção e assistência social. Recentemente, o STF avançou no aperfeiçoamento da Lei Maria da Penha, garantindo a apuração da violência somente com registro de boletim de ocorrência e sem a necessidade de a própria vítima fazer a denúncia. Conhecida como Lei Maria da Penha, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da CEDAW (Convenção sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres) e da Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher); dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2016, pp. 35).

A população reconhece a importância da Lei Maria Penha é o caso ensejou toda essa movimentação com advento do ataque desferido pelo marido da farmacêutica Maria da Penha que se encontra paraplégica e teve recorrer que ganhou notoriedade ao apresentar o seu caso à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos).

2.2 Lei Maria da Penha e Violência de gênero contra mulher

A Lei Maria da Penha decorre da exigência constitucional contida no art. 226, §8º, da CF, que prevê que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não obstante esse dispositivo viger desde 1988, somente após sanções perante a OEA, o Brasil editou, em 2006, a Lei nº. 11.340/2006. (BRASIL, 2006).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) considera a violência de gênero contra a mulher um problema de saúde pública. Nos últimos anos, a sociedade brasileira teve muitos avanços para conter a violência, mas ainda tem a quinta maior taxa de feminicídios do mundo. (BRASIL, 2016).

Para Santos (2018) indaga e o que é violência de gênero contra mulher?

É toda a e qualquer ação ou omissão, baseada no gênero, capaz de causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico ou que possa ocasionar dano moral ou patrimonial, quando praticado:

* no âmbito doméstico;
* no âmbito familiar; ou
* em decorrência de relação de afeto.

Uma pesquisa realizada pelo instituto DataSenado em 2017 mostrou que quase uma em cada três mulheres já foi vítima de algum tipo de violência doméstica. E o que mais impressiona nessa pesquisa é que a violência contra a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mulher é praticada principalmente por pessoas que mantêm ou mantiveram uma relação de intimidade com a vítima.

2.2.1 Lei Maria da Penha e Proteção à mulher

De acordo com Torque (2019) ao longo de toda história, a mulher sofre graves violações em seus direitos mais elementares, como direito à vida e à liberdade em razão da sua vulnerabilidade. No âmbito internacional, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi a primeira a exaltar o papel da mulher na sociedade.

No ano de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica (Convenção de Belém do Pará, 1994) define violência contra a mulher como "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada" (Capítulo I, Artigo 1º). Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1995 e é mencionada na ementa da Lei Maria da Penha. (BRASIL, 2006).

A Constituição Federal destaca no inciso I do artigo 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. No art. 226, § 5º, a Constituição estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. No entanto, foi com o advento da lei Maria da Penha em 2006 que a violência de gênero começou ser combatida com mais efetividade, ainda que esteja muito longe do ideal. (BRASIL, 1998, pp. 131-132).

A Lei Maria da Penha criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos de Convenções e tratados internacionais e do § 8º do art. 226 da Constituição Federal:

"O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". (BRASIL, 1988, p.132).

2.2.2 Violência doméstica e familiar contra a mulher

Segundo a Lei Maria da Penha, violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (art. 5º): (BRASIL, 2006, p.2).

- No âmbito da unidade doméstica – espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- No âmbito da família – comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

- Em qualquer relação íntima de afeto – onde o agressor conviva ou tenha convivido com a mulher, independentemente de coabitação.

2.2.2.1 Formas de violência

A Convenção de Belém do Pará definiu como violência contra a mulher à física, sexual e psicológica. A Lei Maria da Penha somou a essas a violência moral e patrimonial (BRASIL, 2006, p.2) (art. 7º):

Violência física – qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

- Violência psicológica – qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

- Violência sexual – qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

- Violência patrimonial – qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

- Violência moral – qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

2.3 Outras informações sobre a Lei Maria da Penha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As considerações referentes ao aperfeiçoamento são para sociedade em virtude trazer mais segurança para prevenir mantendo agressor afastado e neste contexto temos:

* A Lei Maria da Penha é reconhecida pela ONU como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres;

* A aplicação da Lei Maria da Penha garante o mesmo atendimento para mulheres que estejam em relacionamento homossexuais. Além disso, o Tribunal de Justiça de São Paulo garantiu a aplicação da lei para transexuais que se identificam como mulheres em sua identidade de gênero;

* A Lei Maria da Penha também tem aplicação para casos que independem do parentesco, desde que a vítima seja mulher;

* A Lei Maria da Penha determina que não será concedida liberdade provisória ao preso nos casos de risco à integridade física da mulher ou à efetividade da medida protetiva de urgência.

* A Lei Maria da Penha impede que a pena seja substituída por doação de cesta básica ou multas;

* É assegurada assistência econômica no caso da vítima ser dependente do agressor.

* Haverá Patrulha Maria da Penha Rural para aumentar a segurança das mulheres do campo. Essas patrulhas, formadas por policiais mulheres, serão diárias e passarão nos lugares onde há indício de violência;

* Em 2015, a Lei nº. 13.104 alterou o Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o incluiu no rol dos crimes hediondos.

2.4 Lei nº. 13.104, de 9 de março de 2015

Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. (BRASIL, 2015, p.1).

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

Feminicídio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º - A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (NR).

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI).

COMENTÁRIOS:

Segundo Cunha (2015, p.1-5), terce comentários sobre a Lei Feminicídio pormenorizando com detalhes e esmiuçando de forma técnica assimilação e aspecto e abrangência aos neófitos no sentido pedagógico do aprendizado.

A Lei nº. 13.104/15 alterou o art. 121 do CP para nele incluir o "feminicídio", entendido como a morte de mulher **em razão da condição do sexo feminino (leia-se, baseada no gênero)**. A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. (BRASIL/STJ, 2014).

Com a novel Lei, o feminicídio passa a configurar a sexta forma qualificada do crime de homicídio, punido com pena de reclusão de 12 a 30 anos, etiquetado como delito hediondo, sofrendo os consectários da Lei nº. 8.072/90. (BRASIL, 2015).

O § 2º-A foi acrescentado para esclarecer quando a morte da mulher deve ser considerada em razão da condição do sexo feminino: **I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.**

O esclarecimento, no entanto, além de inútil, causa confusão. Explico.

Feminicídio, comportamento objeto da Lei em comento, pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher.

É imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima. A previsão deste (infeliz) parágrafo, além de repisar pressuposto inerente ao delito, fomenta a confusão entre feminicídio e femicídio. Matar mulher, na unidade doméstica e familiar (ou em qualquer ambiente ou relação), sem menosprezo ou discriminação à condição de mulher é FEMICÍDIO. Se a conduta do agente é movida pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, aí sim temos FEMINICÍDIO.

Lamento não ter o Congresso seguido as sugestões dos operadores do Direito que lidam diariamente com a violência de gênero contra a mulher. Destaco, entre outros, o incansável trabalho da Promotora de Justiça de São Paulo, Silvia Chakian de Toledo, integrante do Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica. Procurou ela, de todas as formas, convencer os parlamentares a redigirem o tipo com mais clareza, simplicidade e coerência com o próprio objeto do projeto, conectando seus termos com aqueles estampados na Lei Maria da Penha, berço, no nosso país, do conceito violência de gênero contra a mulher.

Feito esse registro de descontentamento, dou sequência ao estudo da Lei posta, alertando ter ela acrescentado ao art. 121 mais um parágrafo (§ 7º), aumentando a pena do feminicídio em 1/3 até 1/2 se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto.

Quando se inicia o parto (termo inicial do prazo de 3 meses configurador da causa de aumento)?

A doutrina é divergente. Fernando Capez (2015, p.11-12), ao tratar do tema, cita alguns posicionamentos:

"Alfredo Molinario entende que o nascimento é o completo e total desprendimento do feto das entranhas maternas. Para Soler, inicia-se desde as dores do parto. Para E. Magalhães Noronha, mesmo não tendo havido desprendimento das entranhas maternas, já se pode falar em início do nascimento, com a dilatação do colo do útero."

Diante da indisfarçável controvérsia, seguimos a lição de Luiz Regis Prado (2017, p.62):

"Infere-se daí que o crime de homicídio tem como limite mínimo o começo do nascimento, marcado pelo início das contrações expulsivas. Nas hipóteses em que o nascimento não se produz espontaneamente, pelas contrações uterinas, como ocorre em se tratando de cesariana, por exemplo, o começo do nascimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

é determinado pelo início da operação, ou seja, pela incisão abdominal. De semelhante, nas hipóteses em que as contrações expulsivas são induzidas por alguma técnica médica, o início do nascimento é sinalizado pela execução efetiva da referida técnica ou pela intervenção cirúrgica (cesárea)".

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência.

Esta causa de aumento, nas duas primeiras figuras (ofendida menor de 14 anos ou maior de 60 anos) repete o § 4º do art. 121. Alerto, porém, que o § 7º., diferentemente do § 4º., permite um aumento variável de 1/3 até 1/2.

A terceira figura contempla a vítima com deficiência (física ou mental). O conceito de pessoa portadora de deficiência é trazido pelos arts. 3º e 4º do Decreto nº. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei nº. 7.853, de 24 de outubro de 1989, *in verbis*:

> Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
> I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;
> II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e
> III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.
> Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:
> I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;
> II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

III – deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

a) comunicação;
b) cuidado pessoal;
c) habilidades sociais;
d) utilização dos recursos da comunidade;
e) saúde e segurança;
f) habilidades acadêmicas;
g) lazer; e
h) trabalho;

V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Ao exigir que o comportamento criminoso ocorra na "presença", parece dispensável que o descendente ou o ascendente da vítima esteja no local da agressão, bastando que esse familiar esteja vendo (ex: por skype) ou ouvindo (ex: por telefone) a ação criminosa do agente.

Parece óbvio que, para a incidência das circunstâncias majorantes enunciadas nos incs. I, II e III, o agressor (ou agressora) delas tenha conhecimento, evitando-se responsabilidade penal objetiva.

Encerro estas primeiras impressões da Lei fazendo algumas perguntas:

Pode figurar como vítima do feminicídio pessoa transexual?

Inicialmente, como bem ressaltam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p.115), "o transexual não se confunde com o homossexual, bissexual, intersexual ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico".

Em eventual resposta à indagação inicial podem ser observadas duas posições: uma primeira, conservadora, entendendo que o transexual,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transexualismo transmute suas características sexuais (por cirurgia e modo irreversível), deve ser encarada de acordo com sua nova realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil.

Rogério Greco (2019, p.530), não sem razão, explica: "Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em uma mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal".

Nesse sentido, aliás, decidiu o TJ/MG, aplicando a Lei Maria da Penha não apenas para a mulher, mas também transexuais e travestis:

"Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados, já que a união estável também se encontra sob o manto protetivo da Lei. Admite-se que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente à repressão e prevenção da violência doméstica contra a mulher. Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o pólo passivo da ação delituosa" (BRASIL/TJMG, HC 1.0000.09.513119-9/000, j. 24.02.2010, rel. Júlio Cezar Gutierrez).

Reconhecido o privilégio pelos senhores jurados (ex: domínio de violenta emoção), pode o juiz quesitar (perguntar) o feminicídio?

É sabido que, apesar da sua posição topográfica, mostra-se perfeitamente possível a coexistência das circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV).

Nesse sentido, aliás, é firme a jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O STF, a propósito, já decidiu:

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Noutro dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva)".

O STJ, da mesma forma:

"Admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, pelo que o motivo de relevante valor moral não constitui empeço a que incida a qualificadora da surpresa" (RT 680/406).

Diante desse quadro preliminar, a qualificadora do feminicídio é subjetiva, incompatível com o privilégio, ou objetiva, coexistindo com a forma privilegiada do crime?

É claramente subjetiva, pressupondo motivação especial, qual seja, **o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher.**

Em resumo: reconhecendo o Conselho de Sentença a forma privilegiada do crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio.

2.5 Lei nº. 13.641, de 3 de abril de 2018

Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. (BRASIL, 2018, p.1).

> Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência.
>
> Art. 2º O Capítulo II do Título IV da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido da seguinte Seção IV, com o seguinte art. 24-A:
>
> **Seção IV**
>
> **Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência**
>
> **Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência**
>
> Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis."

Comentários trazidos sobre o descumprimento das medidas protetivas e as novas sujeições e o seu aspecto e sua extensão ao agressor por Garcez (2018, p.1-12):

> O elemento nuclear da ação criminosa vem caracterizado no verbo "descumprir", que significa desatender, desobedecer, não cumprir. E, na sequência, o verbo indicador da ação criminosa é completado pela expressão "decisão judicial", que, naturalmente, é aquela emanada de um magistrado, seja ele cível ou criminal, conforme orientação interpretativa referida no próprio §1°. O dispositivo em comento trata-se de uma norma penal em branco homogênea homovitelínea, pois o sentido do elemento normativo do tipo "decisão judicial" vem completado pela própria normal penal que criou o delito. O verbo descumprir traz em si duas "circunstâncias condicionantes implícitas" para a caracterização do delito, a saber: ciência da decisão judicial, i.e., que o agente tenha sido intimado, e que decisão judicial possua validade. O sujeito ativo do delito é o agente que teve contra si decretada a medida protetiva de urgência, aquele que praticou um crime antecedente e, portanto, tem o dever jurídico de cumprir a ordem judicial. É o agressor do crime antecedente. Logo, trata-se de um crime próprio. As medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha, somente podem ser decretadas quando houver a prática de um crime antecedente. Nesse passo, entendemos que o novo crime se constitui de um crime acessório ou parasitário. O sujeito passivo é o Estado. O objeto material da ação criminosa é a decisão judicial. O objeto jurídico é a administração da justiça, no seu viés moral. O elemento subjetivo é o dolo. O delito não exige especial fim de agir, que, para a escola tradicional, seria o dolo específico. Não há forma culposa. É crime formal que

se consuma com o descumprimento da ordem judicial, independentemente de qualquer resultado naturalístico. É crime de forma livre, uma vez que o sujeito passivo pode praticá-lo por qualquer meio. Aliás, observe-se que o verbo indicador da conduta criminosa, o "descumprir", pode ser executado tanto na forma comissiva quanto na omissiva, a depender da medida protetiva a que esteja obrigado o sujeito ativo. Se, intimado a se afastar do lar ou a pagar pensão alimentícia, não o fizer, responderá pelo crime na modalidade omissiva. Se estiver impedido de se aproximar da vítima ou tiver restringido o direito de visita aos filhos o fizer, responderá pelo crime na modalidade comissiva. Atente-se para o fato de que, excepcionalmente, poder-se-á cogitar a possibilidade da prática do crime na modalidade comissiva por omissão, quando o comportamento criminoso se revestir de crime omissivo impróprio, nos termos do artigo 13, §2°, do Código Penal. É crime instantâneo que se consuma de imediato. Em regra, é um crime unissubsistente que se consuma com um só ato, porém, eventualmente, poderá ser um crime plurissubsistente, quando vários atos integrarem o comportamento do agente. A título de exemplificação, imaginem a hipótese de o agente estar (a) obrigado a se afastar do lar, (b) não manter contato com a vítima e seus familiares, e (c) não frequentar determinados lugares. Nesse caso, o agente poderá, concomitantemente, descumprir todas as medidas protetivas de urgência impostas, relativamente à mesma ordem judicial. Nesta hipótese, tratar-se-á de um crime plurissubsistente. Registre-se que, nos casos em que ocorrer a situação acima posta, i.e., quando houver o descumprimento concomitante ou subsequencial de várias medidas protetivas impostas na mesma decisão judicial, o agente deverá responder por crime único. Em outras palavras, o agente não responderá por tantos crimes quantas forem às medidas violadas. Trata-se de observação do princípio do *ne bis in idem*. Neste caso, não haverá concurso de crimes, nem crime continuado. Afinal, o objeto material do crime é a decisão judicial como um todo, enquanto ato oficial que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

externa mais do que simplesmente cada uma das medidas de proteção adotadas, mas a fundamentação do magistrado ao conceder tais medidas, a "ordem em si". O crime em estudo não tem como escopo tutelar a vítima, nem cada uma das medidas isoladamente descritas, mas sim a "decisão judicial". Situação diferente poderá surgir quando o agente descumprir várias vezes a mesma decisão judicial, em situações fáticas diversas. Acreditamos que, neste caso, poderá existir divergência doutrinária ou jurisprudencial. Imaginem que o agente "descumpra a decisão judicial que deferiu as medidas protetivas de urgência" no dia 05 de maio de 2018, sendo autuado em flagrante delito com instauração de inquérito policial contra si e posterior processo. Posteriormente, em liberdade, com a ordem judicial ainda válida, um dia após sair da prisão, na data de 15 de junho de 2018, o agente torna a descumprir a "mesma decisão judicial". Neste caso, haverá a consumação de novo crime? Entendemos, ainda ancorados no princípio do *ne bis in idem*, que a resposta deve ser negativa, pois o agente já responde a inquérito policial e processo criminal por este fato. Ou seja, este crime já se consumou. Lembre-se que se trata de um crime instantâneo. O agente não pode responder novamente por este crime. Neste caso, o agente estará passível de ter a sua prisão preventiva (novamente) decretada, mas não estará passível de nova prisão em flagrante. Para evitar situações desta natureza, convém que os magistrados emitam "nova decisão judicial" a cada evento consumativo do crime. Em regra, trata-se de um crime unissubjetivo, uma vez que pode ser praticado por um único agente. Entretanto, é possível imaginar-se o concurso de pessoas quando: (a) houver mais de um agente que tenha o dever jurídico de cumprir a ordem judicial ou (b) terceiro agir em concurso com o agressor, desde que tenha conhecimento da decisão judicial. Nesse ponto, frisamos, ainda, a possibilidade de a vítima do crime antecedente (de regra, a mulher) figurar como sujeito ativo do crime. É que, sendo o objeto material do delito a "decisão judicial", caso a vítima (que provocou decisão judicial ao requerer as medidas

> protetivas de urgência) procure o agressor impedido ou, simplesmente, concorde com o seu regresso ao lar, por exemplo, estará, da mesma forma, "descumprindo a ordem judicial" de afastamento. Registramos, por pertinente, que este novo crime se caracteriza como um tipo penal especial em relação aos artigos 330 e 359 do Código Penal, pois se refere especificamente às decisões judiciais que deferem medidas protetivas da Lei Maria da Penha. Derradeiramente, asseveramos que, muito embora a pena cominada pelo legislador seja de 03 (três) meses a 02 (dois) anos de detenção, nos parece que, diante das disposições constitucionais e legais vigentes, este crime não poderá ser considerado "uma infração de menor potencial ofensivo."

Neste contexto trata da tipificação penal, que é definida como crime próprio, no tange ao descumprimento ulterior ou tomando ciência da mesma resolver pratica o crime e se aplicar a pena máxima de dois anos no caso abstrato.

2.6 Lei nº. 13.772, de 19 de dezembro de 2018

Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. (BRASIL, 2018, p.1).

> Art. 1º Esta Lei reconhece que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.
> Art. 2º O inciso II do caput do art. 7º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 7º...
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
>
> Art. 3º O Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo I-A:
>
> Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.
>
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo."

Neste cenário com medida vingança por parte do ex-conjugue expõe as fotos tirada na intimidade na rede mundial de computadores causando enorme prejuízos para parte afetada do ponto de vista moral, psicológico, e claro a sua honra. Nestes anúncios geralmente estão direcionados de forma pejorativa, depreciativa e vulgar.

2.7 Lei nº. 13.827, de 13 de maio de 2019

Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, 2019, p.1).

2.7.1 Assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar

Nas palavras de Torques (2019) a Lei Maria da Penha traz os direitos da mulher em situação de violência doméstica e familiar e as providências que o poder público deve adotar mediante qualquer tipo de violência. Em 2019, foram feitas algumas modificações na Lei da Maria da Penha pela Lei nº. 13.827/19.

Essas modificações possibilitaram maior agilidade na tomada de decisão por autoridades da Justiça e da Polícia. De acordo com a nova lei, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da vítima, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a pessoa mulher.

Como regra geral, a medida de afastamento caberá à autoridade judicial. Entretanto, também é possível que a medida de afastamento não seja determinada por juiz.

a) Nos municípios que não forem sede de comarca, a medida de afastamento caberá ao Delegado de Polícia.

b) Quando o município não for sede de comarca e não houver Delegado disponível no momento da denúncia, a medida de afastamento caberá ao policial.

Quando as medidas forem determinadas por delegado ou policial, o juiz precisa ser comunicado no prazo máximo de 24 horas e ele decidirá, no mesmo prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público.

Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

- Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a mulher;
- Proibição de aproximação da mulher, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- Prestação de alimentos provisionais ou provisórios.
- Quando necessário, o juiz ainda poderá:
- Encaminhar a mulher e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- Determinar a recondução da mulher e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- Determinar o afastamento da mulher do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- Determinar a separação de corpos.

3 FEMINICÍDIO NO ESTADO DO AMAZONAS

Para Severiano (2018) que analisou a estatística do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) cenário de violência contra mulheres e atuação do judiciário. Constatando Amazonas é 3º estado com maior proporção de feminicídio a cada 100 mil mulheres.

Neste contexto temos as informações pelo CNJ que o Amazonas é o terceiro estado do Brasil com maior proporção de casos de feminicídio a cada grupo de 100 mil mulheres residentes no estado. Esse é um dos indicadores apontados por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que traz dados sobre violência contra as mulheres, aplicação da Lei Maria da Penha e o poder judiciário no país em 2017.

Temos em cotejo igualitário na qual o CNJ constata que as maiores proporções de casos de feminicídio a cada 100 mil mulheres residentes foram registras pelo Rio Grande do Norte, Paraná, Amazonas e Mato Grosso.

De acordo com o levantamento feito pelo CNJ "o Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha", o Amazonas registrou entre oito e dez novos casos de feminicídio a cada cem mil mulheres que residem no estado.

Desde a edição da Lei nº. 13.104, em 2015, o assassinato de uma mulher em função do gênero tornou-se uma qualificadora do tipo penal homicídio, que se tornou hediondo, quando cometido nessas circunstâncias. A legislação passou a prever penalidades mais graves para homicídios que se encaixam na definição de feminicídio – ou seja, que envolvam "violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher". (SEVERIANO, 2018).

3.1 Processos Pendentes em Apuração

Ao longo de 2017 o CNJ apurou que os tribunais estaduais movimentaram 13.825 casos de feminicídio, tendo baixado 3.039 processos, restando pendentes ao final do ano 10.786 processos. A quantidade de sentenças proferidas foi de 4.829 em casos de feminicídio no país. As estatísticas comprovam feminicídio no AM:

No Amazonas, o TJAM terminou 2017 com 522 processos de feminicídio pendentes. O número é 15,5% maior da quantidade de processos de feminicídio pendentes em 2016 (452 processos). Outros 168 processos de feminicídios foram baixados (finalizados ou arquivados) e somente quatro sentenças desse tipo de crime foram proferidas no ano passado no estado.

Podemos ainda de acordo com Observatório da Mulher Contra a Violência divulga as Taxas de homicídio de mulheres de todas as raças no período de 2006 da ordem 3,2 mil mortes, 2014 é de 4,1 mil mortes, 2015 as mortes chegaram 5,9 mil mortes calculadas a partir dos dados registrados no Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde (MS). (BRASIL, 2016, p.8).

Já as taxas de homicídio em mulheres brancas foram ditas pelo Observatório da Mulher Contra a Violência divulga as no período de 2006 da ordem 2,8 mil mortes, 2014 é de 2,0 mil mortes, 2015 as mortes chegaram 1,5 mil mortes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

calculadas a partir dos dados registrados no Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde (MS). (BRASIL, 2016, p.8).

No que tange as taxas de homicídios em mulheres pretas e pardas conforme Observatório da Mulher Contra a Violência divulga as no período de 2006 da ordem 2,7 mil mortes, 2014 é de 4,4 mil mortes, 2015 as mortes chegaram 6,4 mil mortes calculadas a partir dos dados registrados no Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde (MS). (BRASIL, 2016, p.8).

3.2 Atuação do Judiciário

Um dos aspectos cruciais da atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos das mulheres é a capacidade de resposta diante da demanda judicial em casos de violência doméstica contra a mulher.

Para avaliar a capacidade de resposta do Judiciário, o CNJ utilizou indicadores de performance, como o Índice de Atendimento à Demanda (IAD) e a Taxa de Congestionamento (TC). O índice de atendimento à demanda (IAD) permite verificar se o tribunal foi capaz de baixar processos pelo menos em número equivalente ao quantitativo de casos novos. O ideal é que esse indicador permaneça superior a 100% para evitar aumento dos casos pendentes.

O TJAM obteve índice de atendimento à demanda superior a 100%, o que significa que decidiu no ano uma quantidade maior de processos do que o número de casos novos em violência doméstica contra a mulher.

A taxa de congestionamento (TC) indica o percentual de processos não decididos em relação ao total de processos que tramitaram durante o ano. Esses dois indicadores consideram em seu cálculo a quantidade de processos decididos (baixados).

3.3 Estrutura Judiciária

A Lei Maria da Penha, que foi criada há 12 anos, atribuiu ao Poder Público a responsabilidade de instituir políticas de combate à violência praticada cotidianamente contra as mulheres brasileiras, garantindo os direitos dessas mulheres no âmbito das relações domésticas, familiares e afetivas.

Ao Poder Judiciário coube a especialização no atendimento às mulheres vítimas de violência a partir da criação de Juizados ou Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em todos os estados. Esses órgãos pertencem à justiça comum, tendo competência cível e criminal para processar, julgar e executar as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, devendo contar com uma equipe multidisciplinar especializada nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

O Tribunal de Justiça do Amazonas foi um dos dez tribunais que expandiram a estrutura de atendimento, criando novas varas e juizados exclusivos em violência doméstica. Em 2016, o TJAM tinha duas varas e no ano seguinte passou a contar com mais uma vara para tratar esse tipo de crime. O TJAM também tem três setores de serviços psicossociais especializados em atendimento à vítima.

CONCLUSÃO

O feminicídio é a forma mais covarde de um homem mostrar tamanha impotência frente a outra pessoa que cuida, que é um ser humano que ama, que sofre e dedica para trazer conforto e oferece sua amizade e companheirismo e no final é execrada e brutalizada por uma sociedade prepotência, imperando o machismo e a coisificação da pessoa e objetificação sendo tratada apenas como pedaço de carne que unicamente existe para servi e dá prazer, depois ser descartada, traída, maltratada e sofrendo toda sorte tortura, privação, ataques a sua honra e imagem, agressão física entre outros culminando com sua morte geralmente de torpe e vil porém brutal em nome do ciúme, dá possessividade, é de "amor" não correspondido ou às vezes que nunca existiu ou termino de relacionamento abusivo.

As desigualdades e descriminações têm início no ambiente familiar onde meninos e meninas são instruídos e tratados de forma diferenciada mesmo sendo a mulher, a mãe, a maior responsável pela educação das crianças, ela acaba, muitas vezes imitando semelhante à educação que recebeu e assim consecutivo. Ulteriormente essas formas de desigualdades e distinções eclodir no meio social, percorrendo as vinculações humanas nas mais várias formas, quer seja pela desigualdade no acesso aos direitos sociais e ensejo, até mesmo sua exteriozação mais violenta.

Neste ínterim devemos observar que as medidas são tentativas de minorar a violência e punir o agressor no rigor da Lei, mas, sua efetividade é volátil e tem caráter tênue, pois, combate a forma paliativa o resultado e não ataca a causa gerando efeitos mínimos e eficácia limitada.

A Lei do Feminicídio simultaneamente com a Lei Maria da Penha e as políticas sociais que pretende acautelar e reprimir delitos, agressões e maus-tratos, só vem expor que o poder feminino está se robustecendo e as penalidades estão mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

rígidas aos autores pelas múltiplas formas de crueldade praticadas contra a mulher passam a ser mais rigorosas.

O que poderia ser sugerido seria atacar a causa primeira como educação domestica e familiar aplicando ao caso concreto a formação das crianças no que tange aos valores familiares de respeito e convivência. Valorando a pessoa e a diversidade do gênero para que a sociedade possa dissipar e extirpar essa doença que se feminicídio e assola nosso País e destroem as relações pessoais afetivas culminando com fatos trágicos e por vezes brutais. A sociedade deve repensar o que queremos e como devemos seguir daqui para frente em harmonia para tenhamos um futuro onde este mal não persista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF): Site do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jun 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília (DF): Site do Planalto, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG. **TJMG, HC 1.0000.09.513119-9/000, j. 24.02.2010, rel. Júlio Cezar Gutierrez**. Belo Horizonte (MG): TJMG, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **HC 277.561-AL, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 6/11/2014**. Brasília (DF): STJ, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília (DF): Site do Planalto, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. Observatório da Mulher Contra a Violência. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil**: indicadores nacionais e estaduais nº. 1. Brasília (DF): Senado Federal, 2016. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf>. Acesso em: em 18 jul 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Brasília (DF): Site do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm>. Acesso em: 24 jun 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Brasília (DF): Site do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm>. Acesso em: 24 jun 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília (DF): Site do Planalto, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 24 jun 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.11-12.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do Feminicídio**: breves comentários. Internet: Site Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>. Acesso em: 20 jul 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil - Vol. Único**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019, p.115.

GARCEZ, William. **Comentários sobre a Lei 13.641/18**: A criminalização do descumprimento de medida protetiva de urgência da Lei Maria da Penha. Internet: Site Jus, 2018. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/65222/comentarios-sobre-a-lei-13-641-18-a-criminalizacao-do-descumprimento-de-medida-protetiva-de-urgencia-da-lei-maria-da-penha>. Acesso em 20 jul 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Vol. 3. Parte Especial artigos 213 a 361**. 16. ed. São Paulo: Impetus, 2019, p.530.

MERELES, Carla. **Feminicídio**: a faceta final do machismo no Brasil. Internet: Site Politize, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/feminicidio/>. Acesso em: 20 jul 2019.

PRADO, Luis Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro, parte especial 312 a 361**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.62.

SANTOS, Karoline do Nascimento. **Feminicídio**: O que mudou com a nova Lei. Cuiabá (MT): UNIC, 2018. Disponível em: <https://repositorio.pgsskroton.com.br/bitstream/123456789/20200/1/KAROLINE%20DO%20NASCIMENTO%20SANTOS.pdf>. Acesso em: 18 jul 2019.

SEVERIANO, Adneison. **AM é 3º estado com maior proporção de feminicídio a cada 100 mil mulheres**. Manaus: Site G1 Amazonas, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/am-e-3o-estado-com-maior-proporcao-de-feminicidio-a-cada-100-mil-mulheres.ghtml>. Acesso em: 18 jul 2019.

TORQUES, Ricardo. **Lei Maria da Penha – Saiba TUDO sobre a Lei 11340/2006**. Internet: Site Estratégia Concursos, 2019. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-maria-da-penha-saiba-tudo-sobre-a-lei-11340-2006/>. Acesso em: 18 jul 2019.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[1] Professora MSc e Orientadora. **Lattes iD** http://lattes.cnpq.br/8597777809090859

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É POSSÍVEL A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR PRAZO SUPERIOR AO LEGAL?

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO HENRIQUE DA SILVA JUNIOR, o autor: Acadêmico do curso de direito da Universidade Cândido Mendes - Campus JPA.

Em tempos de grandiosas operações deflagradas, aliadas a suspeitos "vazamentos" de áudios de interceptações telefônicas, o instituto da interceptação telefônica mostra-se duvidoso, ante a sua recorrente exposição na mídia, dando a entender que este perfaz-se de um meio principal para a investigação criminal procedida pelos órgãos de polícia judiciária

Entretanto, o mencionado instituto não é recente, ao contrário do que se extrai dos recentes acontecimentos.

A lei 9.296, lei ordinária que regulamentou o meio de prova da interceptação telefônica, data de julho de 1996, entrando em vigor na data de sua publicação.

O art. 1º da mencionada legislação impera que:

> Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Desta forma, entende-se que a interceptação telefônica será, necessariamente, submetida a ordem do juiz competente da ação principal, isto é, a ação a que pretende se produzir as provas oriundas das interceptações.

Assim, concluiu-se que as interceptações deflagradas sem o adequado permissivo jurisdicional serão consideras ilegais e, portanto, nulas, devendo ser desentranhadas dos autos judicias ou do inquérito policial, a depender do momento persecutório em que foram determinadas.

Importante salientar que a lei regulamentadora frisou tanto a necessidade de determinação judicial, que instituiu, em seu art.10, um tipo penal para o agente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que realizar interceptações sem a devida autorização judicial, ou com objetivos não autorizados em lei. *In verbis:*

> Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Superados os introitos inaugurais, passemos ao debate do proposto, referente ao prazo determinado para as interceptações.

A redação do Art.5º da Lei 9.296/96 impera que o prazo determinado será de 15 (quinze) dias, podendo ser prorrogado por igual período, desde que fundamentado em comprovada indispensabilidade de utilização do meio de prova. A seguir:

> Art. 5° A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Isto é, escolheu o legislador dar maior liberdade aos órgãos especializados para decidir por quanto tempo deverá durar a execução da diligência, não fixando patamar máximo, nem mínimo, pois a redação do dispositivo apenas impõe que "não poderá exceder o prazo de quinze dias".

Portanto, conclui-se que a diligência poderá ser determinada, inclusive, pelo prazo inicial de 5 dias, ou 10 dias, ou qualquer outro patamar que não supere os 15 dias previstos no dispositivo, bem como as sucessivas renovações não poderão exceder o mesmo patamar previsto.

Contudo, poderá o juiz, a pedido do delegado de polícia ou do membro do Ministério Público, determinar, de início, o prazo de 30 dias para a realização das interceptações requeridas, sem a necessidade de se aguardar o vencimento do prazo inicial de 15 dias?

Apesar do tema apresentar-se controvertido, visto que a redação do Art.5º é clara ao fixar o patamar máximo inicial, a jurisprudência pátria dos tribunais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

superiores é pacífica ao permitir que o magistrado não incorrerá em nulidade caso fixe o prazo inicial de 30 dias para a realização da diligência, este é o entendimento do Excelso Pretório, no HC 106.129/MS, a seguir ementado:

> Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Interceptação telefônica. Crimes de tortura, corrupção passiva, extorsão, peculato, formação de quadrilha e receptação. Eventual ilegalidade da decisão que autorizou a interceptação telefônica e suas prorrogações por 30 (trinta) dias consecutivos. Não ocorrência. Possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem. Precedentes. Decisão proferida com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º). Alegada falta de fundamentação da decisão que determinou e interceptação telefônica do paciente. Questão não submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância não admitida. Precedentes. Ordem parcialmente conhecida e denegada.
>
> **1. É da jurisprudência desta Corte o entendimento de ser possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua (HC nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05).**
>
> **2. Cabe registrar que a autorização da interceptação por 30 (dias) dias consecutivos nada mais é do que a soma dos períodos, ou seja, 15 (quinze) dias prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias, em função da quantidade de**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

investigados e da complexidade da organização criminosa.

3. Nesse contexto, considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem, não há que se falar, na espécie, em nulidade da referida escuta e de suas prorrogações, uma vez que autorizada pelo Juízo de piso, com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º).

4. A sustentada falta de fundamentação da decisão que determinou a interceptação telefônica do paciente não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, sua análise, de forma originária, neste ensejo, na linha de julgados da Corte, configuraria verdadeira supressão de instância, o que não se admite.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.

Logo, é cristalino o entendimento de que poderá ser determinado o prazo sucessivo de 30 dias para a interceptações telefônica, quando as complexidades do caso concreto se mostrarem imperiosas para tanto, entendendo a Suprema Corte que é possível a prorrogação sucessiva do prazo, entendendo-se a fixação de 30 dias consecutivos como uma soma dos prazos sucessivos permitidos pela lei.

Apesar do brilhantismo com que a Corte Constitucional expôs os argumentos justificadores da decisão denegatória anteriormente colacionada, entendemos que o entendimento fixado se mostra de perigosa simplificação das normas processuais que norteiam a aplicação de diligências tão subsidiárias e invasivas como a interceptação telefônica.

Tencionamos que o legislador exigiu na norma regulamentadora uma fundamentação para a prorrogação da execução da medida por motivos de cautela, pretendendo que o magistrado a que fosse submetida a apreciação a fizesse de forma cuidadosa a cada pedido de prorrogação, analisando as circunstâncias fáticas e as consequências naturais oriundas da execução da diligência, como a possível descoberta de sua utilização.

Isto é, quanto maior o tempo da interceptação, maior a possibilidade de descoberta, fato este que coloca em risco a própria integridade das provas obtidas.

Ante o exposto, pudemos concluir que a tentativa de, talvez, simplificar a aplicação da norma, utilizando critérios de proporcionalidade ao caso concreto e de economia processual, evitando o trabalho "excessivo" do magistrado coloca em desmedido risco os elementos probatórios que se pretende colher.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: ASPECTOS GERAIS E RELEVÂNCIA DAS GARANTIAS DESSE MODELO DE CONTRATAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.

ANA LUÍSA NOGUEIRA MOREIRA, o autor:
Graduada em Direito pela PUC MINAS. Pós-graduada em Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Penal e Direito Constitucional .

RESUMO: O objetivo, neste trabalho, foi analisar as parcerias público-privadas (PPPs) a partir da análise de sua regulação pela Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Instrumento efetivo na viabilização de projetos de infraestrutura pelo parceiro privado, mediante contraprestação parcial ou total da Administração Pública, a PPP deverá ser balizada na atuação transparente do Poder Público e nas regras de responsabilidade fiscal. Após estudo do surgimento desse mecanismo de parceria, discutiram-se as noções gerais do arranjo, como as principais características e modalidades; as inovações trazidas e as semelhanças e diferenças com as concessões tradicionais de serviço público, com a finalidade de compreendê-la melhor. Estudaram-se as garantias fornecidas pelo contrato de PPP e examinaram-nas sob o enfoque econômico, no intuito de se ressaltar os custos e os ganhos de eficiência advindos da utilização do modelo. Ademais, essas garantias foram apreciadas sob o ponto de vista jurídico, analisando-se as hipóteses de vinculação de receitas e o Fundo Garantidor de Parcerias (FGP), questionando-se a constitucionalidade das mesmas. Por fim, após análise do papel das garantias no processo de geração de ganhos de eficiência e a sua contraposição frente ao ordenamento jurídico, concluiu-se o trabalho.

Palavras-chave: Parcerias Público-Privadas. Garantias. Eficiência. Fundo garantidor.

Sumário: Introdução. 1 Parcerias Público-Privadas: aspectos gerais e compreensão do modelo. 1.1 PPPs e concessões tradicionais de serviço público. 1.2 Inovações das PPPs no ordenamento jurídico brasileiro. 1.3 Aspectos gerais sobre o mecanismo de PPPs. 1.3.1 Conceito e características principais. 1.3.2 Concessão Patrocinada. 1.3.3 Concessão Administrativa. 1.4 As PPPs e os riscos a elas inerentes. 2 Enfoque econômico: as garantias do modelo de PPPs. 2.1 Argumentos que fundamentam a utilização da PPP. 2.2 Ganhos de eficiência. 3 Enfoque jurídico. 3.1 Vinculação de

Receitas. 3.2 O fundo garantidor. 3.3 A constitucionalidade das garantias. Conclusão. Referências.

Introdução

O texto da Lei nº 11.079/04 reuniu conceitos contemplados pela experiência internacional, tendo em vista que nos últimos anos o setor público, em diversos países, premido pela necessidade de viabilizar investimentos devido à restrição fiscal e à indisponibilidade de recursos financeiros, encontrou nos arranjos de parceria público-privada o mecanismo eficiente na gestão e provisão de serviços públicos.

O contrato de concessão tradicional e as Parcerias Público-Privadas refletem um desejo de substituição da Administração Pública, direta ou indireta, no exercício de algumas funções administrativas do Estado, pela empresa privada, diminuindo-se, consequentemente, o tamanho o aparelhamento administrativo e aumentando-se a eficiência, além de se tentar enfrentar a crise financeira do Estado.

As PPPs representam contratos de longo prazo entre os setores público e privado, cujo objeto abrange a construção e o gerenciamento de infraestrutura pública pelo particular mediante contraprestação parcial ou total da Administração Pública.

A utilização daquelas parcerias contribui para a satisfação das necessidades ditadas pelo bem público, assim como para a reativação da atividade econômica, não devendo ser esquecido o seu potencial de geração direta e indireta de empregos.

O setor público assegura a contribuição de conhecimento técnico e tecnológico, inovação e sistemas sofisticados de administração de riscos e, sobretudo, a satisfação do interesse público. Por sua vez, o setor privado encontra oportunidades reais de negócios e retorno adequado para seus investimentos.

A fim de minimizar os riscos e os custos inerentes à operação do serviço e à manutenção da infraestrutura, o Estado garante o pagamento de valores regulares ou uma taxa interna de retorno que apresente atratividade a investimentos privados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O papel das garantias proporciona, em face das incertezas típicas de um contrato de longo prazo, maior segurança aos investidores e a consequente diminuição do custo de provimento do serviço público objeto da contratação, na medida em que os riscos quanto à remuneração do parceiro privado são minimizados.

Aplicando-se o raciocínio ao cenário brasileiro, onde há elevada volatilidade de regras, inclusive tributárias, e alto grau de informalidade, o papel das garantias é central.

1 Parcerias Público-Privadas: aspectos gerais e compreensão do modelo

1.1 PPPs e concessões tradicionais de serviço público

Com o término do liberalismo, a máquina estatal assumiu novas obrigações econômicas e sociais, que demandaram a inovação da gestão de serviços públicos, com a finalidade de obtenção de resultados mais eficientes.

A adoção de métodos de gestão privada, em seguimento ao princípio da especialização, possibilitou ao Estado a remodelação de seu papel (DI PIETRO, 2007, p. 272).

O ordenamento jurídico brasileiro criou diversos instrumentos, os quais permitem a delegação da execução serviço público ao concessionário, submetidos a regime legal um pouco diverso.

Dentre esses instrumentos, destacam-se: a concessão e a permissão de serviços públicos e a concessão de obra pública, reguladas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; a concessão administrativa e a patrocinada, aglomeradas sob o título de parcerias público-privadas e disciplinadas pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004; o contrato de gestão, tratado pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998; o termo de parceria, regido pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; os consórcios, convênios, contratos de empreitada e outros acordos, regulados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, dentre outros.

A concessão ordinária, também denominada comum ou tradicional, foi a forma pioneira de transferência a particulares da execução de serviços públicos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

assim podendo ser definida: "Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou forma alternativa de remuneração decorrente da exploração do serviço.". (DI PIETRO, 2007, p. 273).

Naquele contrato, portanto, o Estado delega ao particular, por sua conta e risco, a execução de serviços nas condições pré-determinadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, e a remuneração do parceiro privado advém da tarifa paga pelo usuário ou de outra forma de remuneração proveniente da exploração do serviço prestado.

Destarte, o poder concedente não remunera, diretamente, o particular contratante. De um modo geral, o concessionário é remunerado por intermédio das tarifas pagas pelos usuários do serviço. Comumente, o particular paga ao Poder Público valores relativos à concessão da atividade, ou paga um valor proporcional à utilização do serviço pelos usuários.

A principal vantagem do regime de concessão era a possibilidade de o Estado prestar um serviço público essencial, sem ter o ônus de investir recursos próprios ou de assumir riscos econômicos inerentes a toda atividade industrial.

Entretanto, tais características iniciais da concessão de serviços públicos foram alteradas, em função de garantias de juros, bem como da aplicação da teoria da imprevisão, segundo a qual acontecimentos novos e imprevisíveis pelas partes e a elas não-imputáveis, que reflitam sobre a economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias superveniente

Em razão dessas modificações, o Poder Público viu-se no dever de integrar as perdas da exploração do serviço público concedido, culminando no afastamento do objetivo primário do instituto. Por fim, o processo de concessão perdeu alguma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

relevância para o poder concedente e, às vistas dos entes privados, ganhou notoriedade.

Após um ano de tramitação legislativa e intenso debate público, a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP) foi sancionada em 30 de dezembro de 2004 (Lei n. 11.079), como uma possível alternativa de preenchimento de lacunas e omissões existentes no método tradicional de contratação até então utilizado pelo Poder Público no país.

O texto legal reuniu conceitos considerados relevantes pela experiência internacional, eis que nos últimos anos o setor público, em diversos países, premido pela necessidade de viabilizar investimentos devido à restrição fiscal e à indisponibilidade de recursos financeiros, encontrou nos manejos de parceria público-privada o mecanismo eficiente na gestão e provisão de serviços públicos.

Sucintamente, as PPPs e o contrato de concessão tradicional refletem um anseio de substituição da Administração Pública, direta ou indireta, pela empresa privada, no exercício de algumas funções administrativas do Estado, diminuindo-se, consequentemente, as dimensões do aparelhamento administrativo e aumentando-se a eficiência, além de se tentar enfrentar a crise financeira do Estado.

1.2 Inovações das PPPs no ordenamento jurídico brasileiro

O artigo 175 da Carta Magna 1988, em seu caput, determina que o Poder Público, ao prestar um serviço público, deverá fazê-lo de maneira direta ou atribuir a um terceiro a responsabilidade por executar tal serviço. No entanto, há atividades que, por sua natureza, são intransferíveis a particulares.

Onde se torna possível a utilização do modelo das PPPs, percebem-se divergências entre esse arranjo e outros dois instrumentos contratuais usados pelo Poder concedente no alcance do interesse público, quais sejam: a contratação feita com base na Lei nº 8.666, de 31 de junho de 1993 e a concessão de serviços públicos, disciplinada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Destarte, nas Parcerias Público-Privadas é plausível que os riscos do projeto sejam divididos entre o parceiro público e o privado. Já nas contratações regidas pela Lei nº 8.666/93, o risco do negócio pertence, quase que integralmente, ao Poder Público. Por seu turno, nas concessões de serviço público, o risco pertence privativamente ao concessionário, em conformidade com o estabelecido pelo artigo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2º, inciso II, da Lei nº 8.987/95: "concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.".

Outrossim, as PPPs inovaram, tendo em vista que há a possibilidade de subsídio, pela Administração Pública, das tarifas cobradas dos usuários em uma concessão de serviços públicos. Há, no modelo tradicional de concessão, uma grande dificuldade de se tornarem viáveis serviços relacionados a setores deficientes, ou de prestá-los eficientemente. Isso vem ocasionando uma contenção de iniciativas voltadas à generalização dos serviços públicos, em evidente afronta ao cidadão-usuário.

A dilação do prazo contratual representa outra introdução das PPPs, uma vez que prorroga a extinção dos investimentos concretizados pelo parceiro privado.

Ademais, nos moldes de PPP admite-se a arbitragem como meio de solução de conflitos relacionados à execução do contrato. Por parte do Poder Público são concedidas garantias, a fim de se atenuarem prováveis riscos que o particular venha a enfrentar.

Forçoso sejam ressaltadas as formas prováveis de implementação de projetos PPP no Brasil. Dispõem-se de, pelo menos, duas alternativas básicas – a constituição de Sociedades de Propósito Específico (SPE) ou de consórcios.

A implementação da sociedade de propósito específico demonstra outra inovação. Tal instituto tem a missão de implantar e gerir o projeto de parceria, visando a isolar o patrimônio constituído pelo projeto daquele de seus patrocinadores.

Por outro lado, o instituto do consórcio será de grande utilidade para a implementação das parcerias ora em análise. No consórcio, a responsabilidade perante o regulador setorial e terceiros deverá ser necessária e obrigatoriamente solidária.

Todavia, isso não impedirá, internamente ao consórcio, os seus membros de estabelecerem regras de responsabilidade individualizada em relação a parcelas específicas de sua contribuição, caso em que assumiriam exclusivamente o risco inerente em face dos demais consorciados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Lei nº 11.079/04, em seu artigo 12, elenca alguns procedimentos singulares que deverão ser adotados na licitação para a contratação da parceria, como, por exemplo, o fato de o julgamento poder ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes. Além disso, tal preceito legal preceitua que o edital poderá prever a possibilidade de reparação de erros, de complementação de deficiências ou, ainda, de retificações de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa saciar as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

Outra característica específica do modelo de PPP reencontra-se no fato de o concessionário deter a faculdade de preparar o desenho do projeto a ser executado, nele inserindo inovações técnicas e as soluções que estaria naturalmente propenso a buscar.

Por conseguinte, houve mudanças nos parâmetros de remuneração do parceiro privado, ou seja, a parcela da remuneração obtida com os pagamentos feitos pela Administração pública deve variar conforme a qualidade da execução do contrato, não se pagando mais tão somente pela entrega do serviço, mas também por sua excelência e qualidade.

Grande inovação trazida pela Lei das PPPs consiste no FGP - Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, o qual se caracteriza pela adição de recursos da União, suas autarquias e fundações públicas, com a observância de normas de direito privado.

As PPPs ainda inovaram ao preceituarem que a responsabilidade é do concessionário em alcançar os recursos financeiros indispensáveis à execução do empreendimento. Isso ocasiona a criação de uma alternativa à falta de orçamento e às dificuldades encontradas pelo poder concedente em contratar financiamentos, eis que existem limitações fiscais impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, a remuneração do particular, em uma Parceria Público-Privada, inicia-se apenas após a efetiva disponibilização do serviço objeto do contrato, reduzindo, dessa forma, atrasos na implementação das obras que a antecedem.

Assim sendo, percebe-se que a instituição do marco legal de PPPs no Brasil trouxe um avanço metodológico nos instrumentos de contratação do Poder Público, aperfeiçoando determinados pontos existentes nas relações contratuais das quais a Administração faça parte.

1.3 Aspectos gerais sobre o mecanismo de PPPs

1.3.1 Conceito e características principais

As parcerias público-privadas, instrumento efetivo na viabilização de projetos de infraestrutura e fundamentais ao crescimento do País, são balizadas na atuação transparente da Administração Pública e nas regras de responsabilidade fiscal.

Apesar de implementado com sucesso o modelo de PPPs em vários ordenamentos jurídicos, não há que se falar em uma modelagem única, tendo em vista que há peculiaridades dos projetos. Nesse sentido, não há um padrão para esses contratos de parcerias, definidos basicamente pelo envolvimento do ente privado na realização de atividades e serviços públicos e pelo compartilhamento de riscos.

As PPPs, juridicamente, definem-se como um contrato administrativo de concessão, cujo objeto se resume à execução de serviço público.

O modelo pode ter seu funcionamento assim sintetizado: o concessionário, ou algum tipo de consórcio, desenha, financia, constroi e gerencia uma atividade no intuito de prestar um serviço público em ordem direta ao cidadão ou ao governo. O concedente, por seu turno, remunera a iniciativa privada pelos serviços prestados de acordo com o estabelecido em um contrato de longo prazo.

A parceria público-privada representa, como já mencionado, uma modalidade especial de contrato administrativo de concessão, no qual há uma prestação de serviços de médio e longo prazo (de 5 a 35 anos).

Todavia, como os prazos contratuais são superiores aos tradicionalmente acordados, há maior envolvimento de riscos de inadimplemento por parte do Poder Público, bem como de riscos políticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em decorrência, a Administração Pública dispõe garantias, no intuito de ratificar a contraprestação ao particular e aos seus financiadores.

Uma PPP tem como objeto o gerenciamento e a construção de valor não inferior a dez milhões de reais, sendo proibida as contratações que tenham por objeto único o fornecimento de mão-de-obra, equipamentos ou execução de obra pública.

Na PPP, "o Poder Público não disponibilizará integralmente recursos financeiros para os empreendimentos públicos que contratar." (CARVALHO FILHO, 2007, p. 380). Ao parceiro privado pertence o encargo de investir na concessão, seja com recursos próprios, seja por meio de recursos provenientes de outras entidades do setor público ou privado.

Portanto, a implantação da infraestrutura necessária para a prestação do serviço contratado pelo Poder Público dependerá de iniciativas de financiamento do particular.

Outro aspecto relevante da concessão especial sob regime de parceria é a pluralidade compensatória, estabelecida como dever do poder concedente em favor do particular pela execução do serviço. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 382).

Assim, admite-se contraprestação pecuniária de vastas espécies, além do pagamento direto em pecúnia. A remuneração do concessionário será fixada com base em padrões de eficiência, sendo devida somente quando o serviço estiver à disposição do Poder concedente ou dos usuários.

A lei traz a possibilidade de combinar a remuneração tarifária com o pagamento de contraprestações públicas e define PPP como sendo um contrato de concessão, na espécie patrocinada ou administrativa.

Incorporou-se, dentre outros aspectos, a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento no procedimento de licitação e a de repartição dos riscos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária do contrato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A lei autoriza, também, a arbitragem para solução de conflitos e a constituição de fundos ou instituição de seguros para garantir o pagamento devido pelo poder público ao parceiro privado.

Além disso, o inciso III do artigo 4º da Lei n. 11.079/94 determina que a Administração Pública deve considerar a "indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;". Tais atividades não permitem delegação a particulares, obrigando-se que sempre sejam executadas por entes públicos.

Poderá a operação do modelo gerar benefícios para a sociedade na medida em que as atividades produtivas serão dinamizadas. Ademais, haverá condições para a retomada do crescimento de forma sustentável e organizada. Em vista disso, as parcerias público-privadas constituem uma alternativa para a utilização de forma mais eficiente dos recursos públicos.

1.3.2 Concessão Patrocinada

Apenas duas modalidades específicas de parceria público-privada foram abarcadas pela Lei n. 11.079/07.

O artigo 2º daquele regulamento legal determina que "Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa".

Na concessão patrocinada, a remuneração do parceiro privado vai envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público pela execução de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dessa forma, tais concessões sujeitam-se à aplicação subsidiária da Lei n. 8.987/95, além de outras leis que sejam relacionadas ao referido diploma.

A principal diferença entre a concessão patrocinada e a concessão de serviço público comum diz respeito à forma de remuneração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Todavia, tal diferença pode desaparecer se houver, na concessão ordinária, previsão de subsídio pelo Poder Público, como dispõe o artigo 17, da Lei 8.987/95.

Há, ainda, diversidades no tocante à divisão entre os parceiros de proveitos econômicos provenientes da redução do risco de crédito dos financiamentos usados pelo ente privado, às garantias que o ente público dá ao ente privado e ao financiador do projeto, e aos riscos que são repartidos com o parceiro público nas parcerias público-privadas.

Tendo por objeto a execução de serviço público, a escolha da modalidade de concessão patrocinada não é discricionária porque terá que ser feita em função da possibilidade ou não de executar-se o contrato com a tarifa cobrada do usuário e as outras fontes de receita indicadas na Lei nº 8.987.

Caso essa forma de remuneração seja suficiente, não poderá o poder público optar pela concessão patrocinada, que dependerá, em grande parte, de contribuição do poder público e de pesadas garantias que vão onerar o patrimônio público.

1.3.3 Concessão Administrativa

Por seu turno, a concessão administrativa envolve tão somente contraprestação pública, eis que se aplica nos casos em que não houver possibilidade de cobrança de tarifa dos usuários. Os recursos para pagamento da obra ou serviço podem ter origem em outras fontes, como previsto no artigo 6º, da Lei nº 11.079/04: ordem bancária; cessão de créditos não tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, dentre outros meios em lei admitidos.

A ordem bancária é o indicador de que o valor devido ao particular estará disponível em estabelecimento bancário. É o meio mais comum de contraprestação pecuniária feita pelo poder concedente.

Ainda, admite-se a cessão de créditos não tributários, como aqueles derivados de indenizações devidas por terceiros. Há a outorga de direitos em face do Poder Público, que ocorre quando o interessado possui um dever de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contrapartida com valor econômico. Tal contrapartida poderá ser dispensada a fim de se entregar o respectivo valor como contraprestação à Administração Pública, outorgando-se, entretanto, o direito ao concessionário.

A outorga de direitos sobre bens públicos dominicais é outro mecanismo. A renda obtida através da locação ou da concessão de bens públicos está inserida nessa modalidade. Consequentemente, os rendimentos provenientes do uso de bens de uso comum do povo e de bens de uso especial não servem como contraprestação.

Apesar de haver entendimentos que contestem esse tipo de remuneração exclusiva do poder concedente ao particular, prepondera a opinião de que não há vedação constitucional para a instituição dessa modalidade especial de concessão. (CARVALHO FILHO, 2007).

Extrai-se, assim, do artigo 2º e seus parágrafos que a parceria público-privada pode ter como objeto a prestação de um serviço público ou a prestação de serviços dos quais a Administração pública seja a usuária direta ou indireta, que envolva ou não a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens. Na primeira espécie, há a concessão patrocinada, na qual a remuneração envolve tarifa paga pelo usuário do serviço e contraprestação pecuniária do ente público ao ente privado. Já na segunda modalidade, fala-se em concessão administrativa, na qual a remuneração se dá exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado.

1.4 As PPPs e os riscos a elas inerentes

Uma vez que o particular é pago, parcial ou integralmente, com recursos do próprio Poder concedente, e tendo em vista que os prazos contratuais de uma PPP são superiores aos tradicionalmente acordados, há maior envolvimento de riscos de inadimplemento por parte da Administração Pública bem como de riscos políticos, o que gera desconfiança dos investidores interessados na realização daquela parceria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Associados à existência de fortes incertezas de mercado, esses fatores elevam ainda mais o risco do projeto a um nível em que o investidor privado somente investirá se houver alguma forma de diminuição de risco por parte do governo.

Os riscos de um projeto de PPP são de natureza diversa. O risco político se dá com adoção de medida unilateral pelo governo que vá de encontro aos interesses específicos dos controladores de determinado projeto. Tal risco poderá ser minimizado por meio de dois mecanismos: prioridade ao pagamento das PPPs no orçamento e criação de um fundo garantidor de compromissos.

O risco ambiental ocorre com a dificuldade na obtenção de licenças ambientais necessárias a cada uma das fases do projeto. No caso das PPPs, a legislação buscou mitigar de antemão esse risco ao determinar que a abertura do procedimento licitatório para a outorga de concessão no âmbito das PPPs estará condicionada, dentre outros requisitos, à obtenção de licença ambiental prévia expedida pelo órgão competente ou, se for necessário, que sejam conhecidas as diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento. Nesse caso, o risco é atenuado, e não eliminado.

Os contratos de PPP podem embutir riscos de extensa magnitude, que possuem a particularidade de produzirem compromissos financeiros de forma automática, enquanto a materialização de riscos similares nos contratos tradicionais não tem necessariamente esse objetivo. Há, ainda, a possibilidade de que compromissos financeiros da Administração em contratos de PPP sejam alocados em cláusulas de risco, com o fito de viabilizar a implementação de projetos de reduzido retorno econômico ou com alto grau de incerteza.

A Lei determinou cautelas a serem introduzidas no contrato de concessão e destinadas a minimizar o risco, como a fixação de penalidades proporcionalmente à gravidade do inadimplemento e às obrigações assumidas e fatos que caracterizem o inadimplemento pecuniário do parceiro público; modo de corrigi-lo e forma de acesso a garantias.

No risco regulatório, o poder concedente poderá realizar alterações contratuais. Contudo, as consequências financeiras serão de responsabilidade do Estado, o qual deverá restaurar as condições iniciais do contrato, restabelecendo o equilíbrio financeiro do mesmo.

Além desses, há aqueles riscos que podem ter sua existência e intensidade controladas pelos agentes envolvidos no processo e, por isso, são de responsabilidade de uma das partes, como o risco de construção e os riscos de novas intervenções.

Com efeito, um dos pilares fundamentais para o sucesso de uma PPP consiste na atenuação dos riscos, que é dever de todos os envolvidos não sendo de interesse exclusivo do parceiro privado. O parceiro público, de forma idêntica, tem interesse nessa diminuição, eis que a convivência com um grau de risco elevado se constitui em ameaça à implementação das PPPs e ao adimplemento do projeto, seja quanto à sua conclusão, seja quanto à sua operacionalização ao longo do contrato.

Assim sendo, deverá haver compartilhamento dos riscos. O parceiro público e o particular agirão mutuamente quando houver prejuízo, mesmo que tal consequência tenha tido como causa caso fortuito ou força maior. Para tanto, será necessário controle eficaz sobre o objeto da parceria, ou seja, se o concessionário mal gerir o empreendimento, o Poder Público arcará, junto com aquele, com as consequências provenientes da execução desastrosa do contrato.

A segregação de riscos constitui um dos principais pontos de ganhos de eficiência. Isso porque o mercado, ao suportar riscos inerentes à realização de objetos de infraestrutura, exige um prêmio cujo valor é inferior ao custo do Estado em assumi-lo de forma direta. Assim, o setor privado é mais eficiente quanto à administração dos riscos que o setor público.

Quanto menor a transferência de riscos para o setor privado, maior estará a PPP em conformidade com um investimento público. Se o investimento tiver sido financiado por um agente privado, mas não houver compartilhamento de riscos, ficando o Estado responsável pela sua totalidade, o empreendimento será caracterizado como investimento público.

Destarte, observa-se que a atenuação ou transferência dos riscos é uma questão preponderante para o pleno êxito das PPPs. Cabe ao poder concedente definir quais os riscos que assumirá e quais aqueles que incidirão sobre o parceiro privado. A transparência na ação governamental no tocante a quem caberá os riscos é fundamental para que o setor privado possa avaliar se está disposto a arcar com os mesmos ou não. Risco significa custo e isso deverá ser pesado pelo investidor privado.

2 Enfoque econômico: as garantias do modelo de PPPs

2.1 Argumentos que fundamentam a utilização da PPP

Com relação a outras formas de provimento de serviço público, a utilização das PPPs deve proporcionar um beneficio extra. Em caso contrário, o modelo não seria interessante para o Poder Público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com feito, há o argumento de que as parcerias público-privadas proporcionam mais investimento em serviços públicos do que seria possível sem sua utilização. Isso significa que em detrimento à falta de recursos fiscais e à rigidez do aparato estatal, o mecanismo possibilita a realização de investimentos, eis que utiliza recursos originários da iniciativa privada.

Consequentemente, as PPPs constituiriam um instrumento alternativo, capaz de gerar investimentos, frente à busca de controle e restrição dos gastos públicos. De fato, na medida em que a provisão de serviços públicos é financiada pela iniciativa privada, os impactos na atitude de responsabilidade fiscal da Adminsitração Pública se tornam nulos.

Apesar disso, o argumento tem sido fortemente criticado. Não obstante a fonte de financiamento ser privada, o pagamento será sempre público, ou seja, o custo final de atendimento dos serviços públicos via PPPs tem natureza similar a outras formas de financiamento, sendo suportado pelo contribuinte de uma forma ou de outra.

Nessa perspectiva, com vistas à disponibilidade econômica de recursos, as PPPs não representam nenhuma mudança essencial. A conclusão de que o mecanismo é capaz de elevar os níveis de investimento em relação a outras formas de fornecimento do serviço público não é válida, na medida em que as obrigações governamentais geradas são semelhantes.

Em suma, o argumento de que as PPPs são capazes de gerar mais investimentos, comparando-se a mecanismos alternativos de prestação de serviços públicos, se apresenta equivocado. Partindo-se de tal constatação, questiona-se qual seria o fator que justifica a adoção do mecanismo pela Administração Pública.

Assim sendo, destaca-se um novo argumento, no tocante à eficiência. Em detrimento a ideia de maior quantidade de investimento, a justificativa se centra no aumento da qualidade do mesmo.

Conforme exposto, as PPPs representam um modelo de gestão a partir da realização de investimentos privados, possibilitados com vistas à demanda por um grande aporte de recursos, pela contração de empréstimos.

Com feito, os empréstimos tomados pelo setor privado são mais caros do que aqueles obtidos pelo setor público. Isso significa que a realização do projeto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pelo próprio governo, financiado de forma tradicional, seria menos oneroso, ao menos no tocante aos investimentos.

Outrossim, a falta de restrição quanto à capacidade de elevar os impostos coloca o Estado como o menor piso de risco da economia. Em outras palavras, a capacidade de obtenção de receitas do Poder Público é, em tese, infinita. Nessa medida, os custos privados de capital são maiores do que os custos públicos.

Entretanto, a aplicação de parcerias público-privadas pode gerar níveis de eficiência operacional que compensem o custo adicional gerado pela participação do setor privado.

Portanto, o que fundamenta a utilização das PPPs são os possíveis ganhos de eficiência, na medida em que a introdução da iniciativa privada incide em uma gestão mais eficiente, havendo, como consequência, a compensação do custo econômico.

Assim sendo, o argumento consiste na capacidade das PPPs em gerar mais eficiência operacional, devido à ação conjunta dos setores público e privado na realização de serviços públicos, compensando-se, dessa forma, o custo adicional advindo dos investimentos privados.

Partindo-se de critérios de seleção de propostas, de alocação de riscos e de estímulos ao desempenho, o mecanismo permite elevar a eficiência quanto à aplicação de recursos.

2.2 Ganhos de eficiência

A PPP pode ser transformada em uma opção de contrato que gera maior eficiência microeconômica do que a combinação de licitação com concessão. Isso ocorre se a qualidade da obra estiver diretamente relacionada ao custo de oferecer o serviço nas condições desejadas pelo poder concedente e se essas condições puderem ser explicitadas em contrato antes da realização da obra.

Nesse diapasão, uma PPP conseguirá fazer com que o parceiro privado tenha incentivo para diminuir o custo de construção do ativo e maximizar sua qualidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sem que a Administração Pública tenha que fiscalizar a obra, vez que o custo de manter a qualidade do serviço dentro do contratado depende diretamente da qualidade da obra. Terá, apenas, que verificar se os indicadores de qualidade do serviço estão sendo devidamente cumpridos, após o início da operação do ativo.

Necessário notar que o ganho de eficiência microeconômica das PPPs decorre do fato de que o mesmo agente privado construirá e utilizará o ativo posteriormente para ofertar o serviço, o qual é o objetivo do contrato, ou seja, não existe separação entre essas duas atividades.

Somente devem ser utilizados os contratos de PPPs para a construção e a operação de ativos pelo mesmo agente privado, a fim de se oferecerem serviços públicos cuja taxa de retorno social é maior que a taxa de retorno privada.

As PPPs, além da maior eficiência microeconômica, têm a vantagem de a obra ser financiada com recursos privados, o que permite ao Poder Público: aumentar o investimento em infraestrutura sem aumentar seu endividamento; utilizar a maior capacidade de administrar e de inovar e transferir pelo menos parte do risco do investimento para o setor privado.

Lado outro, para o setor privado, as PPPs abrem novas oportunidades de investimento em áreas que sempre foram monopólio do investimento público.

O ganho de eficiência é capaz de proporcionar níveis de eficiência operacional mais elevados que os custos, garantindo ganhos qualitativos na utilização dos recursos públicos.

É relevante ressaltar que os riscos inerentes ao modelo influenciam no resultado final de análise custo e beneficio, eis que quanto maiores forem os riscos assumidos pelo parceiro privado, maior será o prêmio cobrado por ele.

Consequentemente, o custo de provisão do serviço público será mais elevado e ganhos de eficiência terão de ser bastante expressivos a fim de compensar esse custo. Assim, quanto maiores os riscos de expropriação do capital remuneratório referente ao parceiro privado, menores são as chances de que uma parceria público-privada produza ganhos de eficiência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em síntese, o risco eleva o preço para o Poder Público ou para o usuário, haja vista a necessidade de considerá-lo na proposta apresentada inicialmente no projeto da PPP, resultando em diminuição da eficiência.

Nessa perspectiva, ressalta-se a necessidade de reduzir os riscos a fim de minimizar o custo final de provisão dos serviços públicos prestados. Para tanto, o modelo PPP prevê uma rede de garantias em prol do particular.

Tais garantias, ao conferir maior segurança aos investidores, diminuem o risco de expropriação da contraprestação pecuniária destinada do parceiro privado. Isso porque caso a Administração Pública descumpra a sua obrigação de remunerar o particular, conforme previsão contratual, esse último tem a prerrogativa de acionar as garantias e receber o que foi estabelecido no contrato.

Aduz-se que, com vistas ao argumento de que as PPPs podem gerar ganhos de eficiência, as garantias apresentam-se como fundamentais nesse processo. Com efeito, as garantias diminuem o risco privado e, em consequência, o custo final de provisão do serviço público. Dessa forma, elas assumem o papel de facilitar o alcance de ganhos de eficiência.

De fato, a Lei nº 11.079/04 expressa evidente preocupação em estabelecer um sistema adequado de garantias em favor do contratado, muito em função do elevado aporte de investimentos envolvidos e da extensão temporal do contrato.

O parceiro privado, dada a ausência de garantias, teria de contar exclusivamente com a promessa de cumprimento contratual da Administração Pública para receber o pagamento referente aos investimentos realizados.

Destarte, o assentimento em receber a remuneração apenas após o início da prestação do serviço por parte do parceiro privado depende, de forma significativa, da segurança oferecida pelo Estado.

Diante de todo o exposto, afirma-se a importância das garantias em face do sucesso do modelo de parcerias público-privadas. As garantias constituem um fator

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

determinante para a produção de ganhos de eficiência, possibilitando a otimização da aplicação de recursos públicos.

3 Enfoque jurídico

3.1 Vinculação de Receitas

O artigo 8º da Lei nº 11.079/04 prevê a utilização de garantias - dentre elas destacam-se a vinculação de receitas e o fundo garantidor - que se aplicam a todas as modalidades de PPP. O objetivo, em todos os casos estabelecidos, é assegurar a continuidade do fluxo de pagamentos do concessionário nos casos em que o poder concedente se negar a honrar suas obrigações, injustificadamente.

Entretanto, deve-se observar que, diferentemente das garantias prestadas pelo parceiro privado, as garantias concedidas pelo parceiro público não serão cláusula obrigatória nos contratos de PPP. Analisando-se a norma, nota-se que as garantias dessa natureza serão viáveis, mas não obrigatórias, e seu estabelecimento deve ser pactuado no contrato de PPP. Assim sendo, trata-se de uma faculdade no regime das parcerias, prevalecendo no pacto a vontade das partes.

Destarte, o contrato de parceria público-privada deverá conter não só a tipificação das condutas específicas que retratem inadimplemento pecuniário ao parceiro público, como também o momento em que a garantia poderá ser acionada e os procedimentos que deverão reger o seu acionamento.

Caberá ao contrato a tipificação das hipóteses de inadimplemento do Poder Público e do concessionário, e as consequências jurídicas correlatas.

A vinculação de receitas é uma das modalidades de prestação de garantia ao concessionário prevista pela Lei das PPPs. Consiste em um meio de pagamento a partir de receitas previamente afetadas aquele fim, e oferece segurança ao particular quanto ao cumprimento de obrigações do poder concedente.

A Carta Política, em seu artigo 167, inciso IV, proíbe a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Todavia, são admitidas algumas hipóteses de vinculação. Uma dessas hipóteses é a concessão de garantias às operações de crédito por antecipação de receita. Consequentemente, estando previsto no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contrato, o concedente poderá oferecer como garantia ao particular recursos vinculados à arrecadação de impostos.

Isso configura uma exceção, pois os impostos são, em regra, para financiar a atividade estatal de modo geral, ou seja, suas receitas não são vinculadas a nenhuma atividade do Estado específica, muito menos são destinadas a uma atividade de natureza particular, mesmo que tenha como fim um serviço público.

3.2 O fundo garantidor

O Fundo Garantidor de Parcerias (FGP) tem por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais (artigo 16, Lei nº 11.079/04).

A constituição do FGP dá forma concreta ao compromisso do governo central de proporcionar toda segurança aos futuros parceiros privados nos projetos de PPP. Apesar da crescente credibilidade do Poder Público, construída pelo cumprimento de suas metas e compromissos fiscais ano após ano – e a sinalização da manutenção da responsabilidade fiscal, o FGP proporciona recursos complementares para minimizar os efeitos adversos decorrentes de eventual inadimplemento da administração pública federal em suas obrigações financeiras associadas a contratos de PPP.

Considerando a ausência de experiência da iniciativa privada em contratos de longo prazo (até 35 anos), em que são fixadas obrigações financeiras da administração pública, o Fundo é um poderoso instrumento para evitar incertezas e custos associados, aumentando o interesse privado pelos primeiros projetos a serem licitados na modalidade de PPP e reduzindo o ônus para a sociedade.

Destaca-se que a criação de um FGP deve ser autorizada por lei, competindo ao legislador determinar sua natureza pública ou privada e a existência ou não de personalidade jurídica.

Com efeito, o FGP tem com objetivo central suscitar interesse na iniciativa privada em implementar investimentos vultosos, constituindo uma garantia a fim de proporcionar serviços públicos e reduzindo o ônus à sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O § 1° do artigo 16 da lei em comento determina que o FGP terá natureza privada, será separado do patrimônio dos quotistas e não será detentor de personalidade jurídica. Em função de tais atributos, o fundo não é um ente da Administração Pública federal, o que justifica a ausência de disposição sobre a sede, estrutura, forma societária ou ministério supervisor.

A natureza privada do fundo implica na adoção de regras de direito privado. Em decorrência, responde com seus bens e direitos pelas obrigações que venha a contrair. A aquisição de quotas pela União transfere bens de sua titularidade para o domínio do fundo e os bens deixam de ser públicos, afastando-se das qualidades de impenhorabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

O § 5° do artigo 16 da Lei nº 11.079/04 fixa a titularidade do direito de propriedade do fundo sobre os bens a ele transferidos. Segundo esse dispositivo, o FGP responde por suas obrigações, ao contrário dos quotistas, com os bens e direitos que constituem seu patrimônio.

Em análise, o Fundo é detentor de direitos e obrigações próprias, desvinculados dos quotistas, salvo pela integralização das cotas que subscreverem. Tal fundamentação atende ao exposto pelo artigo 1.420 do Código Civil, que restringe a prática de alienação de bens àqueles que podem empenhar, hipotecar ou dar em anticrese. Como o FGP goza do direito de propriedade, seus bens podem constituir diretos reais de garantia.

O artigo 17 da lei em comento prevê a criação do fundo por instituição financeira controlada de forma direta ou indireta pela União. Segundo Di PIETRO (2007), o FGP deve ser criado por lei que especifique as receitas vinculadas a ele, a fim de alcançar existência legal. Caso contrário, o fundo não existe juridicamente. A instituição financeira não é competente para criar o fundo, às avessas do que prevê o dispositivo em destaque.

Destarte, deve-se conferir ao credor maior facilidade no recebimento de seu crédito, reduzindo-se, assim, as incertezas e riscos concernentes aos compromissos financeiros assumidos pelo Governo Federal em contratos de PPP.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.3 A constitucionalidade das garantias

As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública, no modelo de parcerias público-privadas, são garantidas de forma peculiar, distinguindo-se do sistema constitucional do precatório - regime comum de satisfação de créditos contra o poder público.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 100, que "os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judicial, deverão ser realizados em ordem cronológica de apresentação dos precatórios."

As garantias nas PPPs estão em desconformidade com tal norma, haja vista a possibilidade de o parceiro privado acioná-las, desconsiderando a cronologia dos precatórios.

Nesta perspectiva, um dos problemas relacionados à constitucionalidade das garantias centra-se na desobediência à ordem cronológica das dívidas do Estado. Os pagamentos das dívidas decorrentes de um contrato de PPP serão realizados de forma paralela a todas as demais dívidas das pessoas jurídicas de direito público, a fim de se proporcionar maior estabilidade aos investidores privados.

Para alguns doutrinadores, são inconstitucionais o não atendimento ao pagamento das dívidas públicas por meio de precatórios e o privilégio de pagamento aos entes privados de uma PPP em face dos demais credores da Administração Pública. Além disso, asseveram que a criação de um sistema que prioriza os débitos gerados por uma PPP, em prejuízo das dívidas presentes nas filas dos precatórios, contraria o princípio constitucional da isonomia, por propiciar aos parceiros privados uma via alternativa à execução pelo sistema do precatório.

Por outro lado, há os que acreditam que o pagamento de forma alternativa ao sistema de precatórios previsto na Lei de PPPs cria uma classe privilegiada de credores da Administração Pública. Apesar disso, não há ofensa à CR/88, visto que seu artigo 100 não tem por objetivo a igualdade entre credores e sim a regulamentação da apropriação de bens do patrimônio estatal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Defendem que não há, portanto, inconstitucionalidade por ofensa ao artigo 100 da Carta Magna, vez que se trata de uma técnica lícita de viabilizar e otimizar contratos administrativos de infraestrutura, que passa pela instituição de entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, como uma decorrência de modelos organizacionais acolhidos pelo texto constitucional.

Outro questionamento acerca das garantias de uma PPP versa sobre a vinculação de receitas.

Alguns aduzem a sua inconstitucionalidade pelo princípio geral da não-afetação das receitas públicas.

Dessa forma, toda e qualquer receita pública configura bem público indisponível, não se prestando ao oferecimento de garantias a permitir sua execução pelo credor, na hipótese de inadimplemento. Logo, as receitas públicas não se prestam à execução direta e devem ser recolhidas ao Tesouro, para saírem unicamente em forma de despesas legalmente autorizadas.

Doutrina diversa acredita que a vedação prescrita pelo artigo 167 do texto constitucional não abrange receitas em geral, mas apenas os impostos. Não há qualquer menção à vedação às demais espécies de receita, não devendo haver interpretação ampliativa daquele dispositivo.

Diante do exposto, a parceria público-privada, por ser um modelo configurado peculiarmente para instrumentar políticas desenvolvimentistas, adquire um status jurídico singularizado dos demais contratos administrativos e caracteriza-se por fatores diferenciados no que toca o tratamento jurídico das garantias ao particular relativo à posição jurídica de outros contratados.

O papel das PPPs em configurar uma técnica diretamente envolvida numa política de desenvolvimento lha confere um tratamento específico, que lhe autoriza distinções.

Conclusão

As parcerias público privadas refletem uma união de interesses das duas partes principais envolvidas – setor público e setor privado. O parceiro público

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

assegura a contribuição de conhecimento técnico e tecnológico, inovação e sistemas sofisticados de administração de riscos e, principalmente, a satisfação do interesse público. Ladro outro, o parceiro privado encontra oportunidades reais de negócios e retorno adequado para seus investimentos.

A utilização dos projetos PPPs contribui para a satisfação das necessidades ditadas pelo interesse coletivo, bem como para a reativação da atividade econômica, não devendo ser esquecido o seu potencial de geração direta e indireta de empregos. É por essa perspectiva que devem ser analisadas as oportunidades que se venham a apresentar, assim como é essa a ótica adotada em outros países que já se utilizam há algum tempo de tais parcerias.

A convergência entre esses interesses somente será solidificada se a negociação entre as partes tiver como objetivo a construção de uma relação segura, equilibrada e duradoura.

As garantias apresentam um papel central para que as parcerias público-privadas possam ser executadas, eis que elas atenuam o risco de expropriação da contraprestação do parceiro privado pela Administração Pública, fazendo com que o custo final da provisão dos serviços públicos seja menor.

Com efeito, a adoção de uma PPP deve pressupor a existência de ganhos de eficiência, a fim de compensar os custos inerentes à sua aplicação.

Importante concluir que, diante da novidade das PPPs no Brasil, não há um consenso sobre o tema. Não obstante, partindo-se da doutrina existente, aduz-se que as garantias previstas pela Lei n. 11.079/04 são, em sua maioria, condizentes com a Carta Magna de 88.

As garantias assumem, dessa maneira, papel fundamental para o êxito das PPPs brasileiras. Caso contrário, a iniciativa privada dificilmente realizará os investimentos vultosos necessários à provisão dos serviços públicos.

Por conseguinte, a parceria público-privada pressupõe observância da diretriz de gestão democrática de sua implementação, dependendo sua adequação do fornecimento de garantias e de sua capacidade de mobilização de empreendedores privados, sem prejuízo da coordenação pelo Poder Público, a fim de que o interesse público seja verdadeiramente alcançado.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 mai. 2019.

BRASIL. Lei Ordinária n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 09 jun. 2019.

BRASIL. Lei Ordinária n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em 02 fev. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. 824 p.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. 445 p.

FILHO. José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 18 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 873 p.

FILHO. Romeu Felipe Bacellar. Licitações e Contratos Administrativos. In: FILHO. Romeu Felipe Bacellar. Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116 – 137.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ÉTICA COMO LIMITAÇÃO À LIBERDADE ECONÔMICA.

JOSÉ COSTA DE MORAES JUNIOR, o autor:
Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal - AeUDF. Especialista em Direito, Estado e Constituição - Faculdades Planalto. Bacharel em Filosofia pela Universidade Católica de Brasília

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade analisar a ética como limitação à liberdade econômica. No início do texto, analisamos as perspectivas filosóficas quanto ao conceito de ética e, por conseguinte, tratamos a distinção entre ética e moral. No tópico seguinte, abordamos a autonomia da ciência econômica e logo após, desenvolvemos a reflexão sobre a ética como elemento limitador da liberdade econômica. É claro que o presente trabalho não possui a pretensão de exaurir toda a gama de assunto que, de forma direta ou indireta, possui ligação com o objeto da pesquisa. Entretanto, ousamos em expor o tema com nítido escopo de incentivar novas reflexões e despertar o interesse do leitor em explorar as obras que serviram de base para o desenvolvimento deste texto, em especial, àquelas que tratam sobre a conhecida ciência econômica.

Palavras-Chave: Ética. Liberdade Econômica. Elemento Limitador.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOÇÕES GERAIS SOBRE ÉTICA. 3. A ECONOMIA COMO CIÊNCIA AUTÔNOMA. 4. A ÉTICA COMO LIMITAÇÃO À LIBERDADE ECONÔMICA. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introdução

As constantes dificuldades econômicas enfrentadas nos últimos tempos aqueceram acirradas discussões sobre a intervenção estatal na ordem econômica. Diversos são os argumentos a favor de uma intervenção estatal que busque limitar a atividade econômica e reduzir as desigualdades sociais. Lado outro, há quem defenda a redução do estado ou a sua não intervenção, a fim de permitir a livre exploração das atividades econômicas e o desenvolvimento do livre mercado. Para além do ponto de vista sobre a necessidade/desnecessidade de uma política intervencionista na dinâmica de mercado, há quem sustente que o comportamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ético de determinada sociedade pode impulsionar ou desacelerar a atuação econômica, sem a necessidade de atuação do Parlamento.

É claro que a opção política adotada pelo governo em determinada ocasião pode influenciar na dinâmica de mercado, especificamente quando da majoração ou redução de tributos com características extrafiscal. Mesmo assim, sabe-se que a sociedade possui um comportamento próprio ao lidar com a compra e venda de bens ou a contratação de serviços, restando-nos saber se esse jeito comportamental é fator que delimita a atividade econômica.

De toda forma, a questão possui uma imensa gama de pontos de vista e isso que alimenta nossa intenção em contribuir para novas reflexões sobre a temática.

2.Noções Gerais Sobre Ética

O estudo sobre os contornos da ética remonta a antiguidade clássica. Tanto é assim, que o tema ganha destaque nos ensinamentos de Aristóteles, especialmente na obra *Ética a Nicômacos*[1]. É bem verdade que a estrutura conjuntural da sociedade, especificamente na Grécia antiga, influenciou o referido filósofo quando do desenvolvimento de sua obra. Entretanto, cabe-nos adiantar que o conceito de ética analisado no feito aristotélico não guarda a necessária similitude com o objetivo do presente trabalho. Mesmo assim, é inegável que a obra em comento nos proporciona pensamentos de grande valia e serve de fundamento para uma reflexão mais acentuada quando se fala em ética, servível, inclusive, para os dias atuais.

A obra aristotélica é dividida em partes, chamadas de Livros[2]. Apenas para situar o leitor e sem pretensão de esmiuçar todo o conteúdo escrito pelo filósofo, o Livro I trabalha com a ideia de bem supremo ou simplesmente bem; o Livro II descreve a excelência moral como resultado da repetição de atos conformes; no Livro III, Aristóteles estabelece que o louvor e a censura se relacionam com as ações voluntárias. Indo um pouco além, em seu Livro IV são tradadas a liberdade, a magnificência, a sinceridade, a espirituosidade e a vergonha e em seu Livro V, Aristóteles trabalha com a noção de justiça e suas acepções[3].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Fazendo um apanhado geral da obra, é possível constatar que a ética, para Aristóteles, é parte integrante da ciência política. Nas palavras de Antônio Paim[4], para Aristóteles, "*Política e ética estão de certa forma superpostas, confundindo-se os objetos de ambas porquanto a segunda trata das virtudes e dos meios de adquiri-las, sendo condição da felicidade, que, por sua vez, é o objetivo visado pela cidade*".

É certo que as circunstâncias experimentadas pelo filósofo stagirista[5] foram o grande impulso para o desenvolvimento de sua obra, notadamente quanto ao cenário político vivenciado naquele período. Reforça essa exposição, o fato de que o objetivo da ética em Aristóteles seria então determinar qual o bem supremo para as criaturas humanas (nesse caso, a felicidade) e qual a finalidade da vida (fruir essa felicidade de forma mais elevada).

O assunto em comento não passa despercebido quando da análise da filosofia moderna. O filosofo Immanuel Kant, ao escrever a obra intitulada *Fundamentação da Metafísica dos Costumes,* contribuiu para a separação entre a moral e o direito e avançou com a ideia de que "*o termo ética significava antigamente a doutrina dos costumes (philosophia moralis) em geral*".[6]

Ainda sobre o tema, há quem diferencie ética da virtude e a ética do dever, conforme expõe *Hooft*[7]:

> *"Enquanto a ética do dever define o âmbito da moralidade, a ética da virtude estende-se além da esfera da moral. A moralidade exorta-nos a evitar atividades ilícitas, tais como a trapaça, a mentira, o roubo, o adultério e o assassinato. Mais positivamente, injunções morais lidam com temas tais como respeitar os outros (ao invés de explorá-los trapaceando-os ou induzindo-os em erro), respeitar os direitos de propriedade, honrar as relações sexuais e reconhecer a santidade da vida. Esses são os temas centrais com os quais a moralidade universalmente se preocupa (...).*
>
> *Em contrapartida, o discurso da ética da virtude varia muito mais amplamente do que essa esfera da moral relativamente*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *delimitada. Usando a linguagem da ética da virtude, uma pessoa pode ser elogiada por ser honesta, corajosa, generosa, pontual, amável ou cortês, mas estas três últimas não são qualidades morais em si mesmas".*

Em que pese os termos *ética* e *moral* serem utilizados como sinônimos pela sociedade contemporânea, faz-se curial estabelecer certa diferenciação. Para Pain[8], *"a moral corresponde ao conjunto das regras de conduta admitidas em determinadas épocas, podendo ser, de igual modo, consideradas como absolutamente válidas"*. Nesse sentido, afirma-se que o objetivo principal da moral é delimitar a esfera de atuação do indivíduo dentro do contexto social e que tal comportamento alinha-se a determinado momento social, isto é, a moral encontra-se intimamente vinculada ao tempo em que é estabelecida. Para além disso, tem-se que a moral, considerando a pluralidade de fatores que influenciam no comportamento humano, apresenta-se despida de racionalidade, característica que somente se mostra presente quando da análise de uma ação humana individualmente considerada.

De outro lado, a ética pode ser entendida como um estudo sistematizado das diversas morais, suas concepções e valores aliados às suas perspectivas. Nesse contexto, mesmo sabendo da possibilidade de se elencar vários modelos éticos, a exemplo da ética grega, da ética de salvação, da ética social ou da ética do dever[9], o conceito aqui exposto possui certa utilidade e pode ser aplicado às diversas áreas de seu seguimento.

Para a presente exposição, trabalharemos a ética como disciplina filosófica que busca analisar as muitas estruturas morais de determinada sociedade, isso com vistas a entender, de maneira mais objetiva possível, se o conjunto de valores de determinada sociedade possui o condão de influenciar a dinâmica do mercado.

3. A Economia Como Ciência Autônoma

O conhecimento é parte estrutural da natureza humana e apresenta-se como necessidade primária de seu espírito. Conforme já dizia Aristóteles: "*Por*

natureza, todos os homens aspiram ao saber. Exercer a sabedoria e conhecer são desejáveis pelos homens em si mesmos: com efeito, não é possível viver como homens sem essas coisas".

A busca pelo conhecimento remonta a fundação do pensamento filosófico, com os naturalistas pré-socráticos. Naquele período da história, buscava-se descobrir a origem de todas as coisas ou, vale dizer, a totalidade do real. É o que convencionou-se a chamar de *physis*. Tanto é assim, que àqueles que se debruçavam em descobrir sobre a origem do tudo e que se concentraram em torno da *physis* foram denominados de físicos, naturalistas ou cosmólogos[10].

Tales de Mileto foi o pensador que se atribui o começo da filosofia grega e que viveu em Mileto, na Jônia, possivelmente nas últimas décadas do sec. VII e na primeira metade do séc. VI a.C.[11]. Com efeito, afirmou que a água seria o princípio originário de todas as coisas, por considerar que a natureza de todos os seres viventes advinha de uma nutrição úmida e a secagem total significaria a morte.

Diversos outros filósofos seguiram essa mesma tradição, buscando, a todo o momento, obter uma explicação satisfatória para a origem da natureza e do cosmos, exportando a filosofia para as diversas áreas científicas. Mas é claro que os argumentos em torno da *physis* se mostraram insuficientes para explicar outros dilemas da filosofia antiga, exsurgindo, a partir daí, a necessidade de explicar os fenômenos suprassensíveis ou, comumente conhecidos como os elementos da metafísica.

Seguindo a linha de raciocínio e sem adentrar em questões próprias do campo filosófico, é certo que mesmo com a vinda de Sócrates (470/469-399. a.C.) e o deslocamento do eixo de pesquisa que outrora se fixara no cosmos e agora dera lugar ao homem, é inegável que a filosofia da *physis* deixou um marcante legado, sem olvidar que foi o elemento encontrado pelos filósofos da época clássica que serviu de fundamento para diversas outras reflexões.

Trazendo a questão para o campo da economia a história guarda certa similitude. Até pouco tempo atrás, buscou-se raciocinar a economia de forma semelhante à filosofia da *physis,* tentando aplicar à economia, regras de validade universal. Nesse contexto, pensou-se da seguinte forma: caso a aplicação dessa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

regra universal junto à economia fosse possível, teríamos a validade dessa experiência. Por outro lado, caso a tentativa restasse frustrada, o problema não estaria na aplicação dos métodos em si, mas certamente na incapacidade dos economistas que ousaram aplicar o método de forma inadequada.

Obviamente que muitas foram as tentativas nesse sentido, até que os estudiosos perceberam que a economia possuía regras próprias e que não poderia ser pensada nos exatos termos em que eram analisadas as outras ciências. Nesse sentido, observa Mises[12]:

> *É verdade que, nos últimos duzentos anos, surgiram muitas ciências novas, além das disciplinas que eram familiares aos antigos gregos. Essas ciências novas, entretanto, eram apenas partes do conhecimento já existentes no sistema tradicional de ensino e que se tornaram autônomas. O campo de estudo foi mais bem subdividido e tratado com novos métodos; foram, assim, descobertos novos campos de conhecimento que até então não tinham sido percebidos, e as pessoas começaram a ver as coisas por ângulos novos, diferentes daqueles de seus precursores. O campo mesmo não se expandiu. Mas a economia abriu para as ciências humanas um domínio até então inacessível, no qual não se havia jamais pensado. A descoberta de uma regularidade na sequencia e interdependência dos fenômenos de mercado foi além dos limites do sistema tradicional de saber, pois passou a incluir um conhecimento que não podia ser considerado como lógica, matemática, psicologia, física, nem como biologia.*

A partir dessa concepção, afirma-se que a economia é a mais novas das ciências, mesmo que em momentos outros tenha sido considerada uma intrusa no conhecimento humano e despertado olhares de desconfiança. A necessidade de pesquisar essa nova ciência e de organizar o conhecimento despertou o interesse de Adam Smith. Nascido em 1.723 em Kirkcaldy, Fifeshire, na Escócia, e autor da célebre obra *A Riqueza das Nações,* Adam Smith conseguiu sistematizar a ciência

econômica de forma singular sendo, por esse motivo, considerado um ícone na economia moderna.

4. A Ética Como Limitação à Liberdade Econômica

Ultrapassadas as noções centrais sobre ética e entendida a economia como ciência autônoma, o presente tópico aborda a ética como limitação à liberdade econômica. Nesse contexto, importante adiantar que nem sempre a ética de determinada sociedade é seguida a risca pelos governantes dessa comunidade. Pelo contrário. É prática comum, sobretudo nos dias atuais, que os detentores do poder, valendo-se da retórica e da persuasão, defendam ideais e interesses próprios, com o objetivo de se perpetuarem no poder, pouco se inclinando para os anseios da população. A partir daí, fica fácil perceber que nem toda intervenção estatal na dinâmica de mercado reflete exatamente os contornos morais de determinada sociedade. A ideia exposta encontra amparo nas exposições de Mises[13], segundo o qual *"toda interferência do governo na atividade econômica afeta indiretamente o consumo; por alterar os dados do mercado, altera também as valorações e a conduta dos consumidores"*.

Apenas para exemplificar, quando falamos em intervenção estatal na dinâmica de mercado, há quem defenda o intervencionismo via fixação de preços máximos e mínimos de determinados bens ou serviços. Esse ato estatal potencializa divergências em outros pontos do mercado que até então não foram previstos e isso em nada contribui para a consecução do objetivo estatal originariamente traçado e não auxilia na correção das distorções econômicas.

Essa medida extrema de interferência na estrutura dos preços é comumente conhecida como tabelamento de preços. Tal prática tem como consequência, além de outras, a seguinte situação: os fatores de produção utilizados na constituição do elemento de consumo tabelado serão utilizados em outros elementos de mercado não tabelados, fazendo com que a oferta daquele produto tabelado seja reduzida e seu preço aumente. Neste ponto, observa-se outra problemática. Partindo-se da constatação de que determinado produto tabelado cedeu lugar a outro produto fora do regime intervencionista, nasce a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

necessidade de que o Governo intervenha em produto ainda não abarcado pelo sistema de tabelamento.

Nas palavras de Mises[14]:

> *"Mas, se o governo fixa os preços num nível diferente do que seria estabelecido pelo mercado não obstruído, esse equilíbrio de oferta e demanda fica, evidentemente, perturbado. Ocorre então que – no caso de preços máximos – compradores potenciais, mesmo dispostos a pagar o preço fixado pela autoridade ou até mesmo um preço maior, não conseguem comprar. Ocorre ainda que – no caso de preços mínimos – vendedores potenciais, mesmo dispostos a vender pelo preço fixado pela autoridade ou até mesmo por um preço menor, não conseguem vender. O preço já não é capaz de separar os compradores e vendedores potenciais que podem comprar e vender daqueles que não podem fazê-lo. Torna-se necessário estabelecer um novo critério para escolher quem deverá comprar ou vender. Pode ser que sejam escolhidos os que chegarem primeiro, ou aqueles a quem circunstâncias especiais (tais como amizade ou parentesco) confiram uma posição privilegiada, ou então as pessoas violentas que afastam os seus rivais recorrendo à intimidação. Se a autoridade não desejar que a alocação de recursos seja determinada pela sorte ou pela violência, terá de regulamentar a quantidade que cada indivíduo pode comprar. Terá de recorrer ao racionamento".*

Na mesma esteira, Rothbard[15] elenca a interferência direta na natureza da produção, como outra forma de intervenção estatal na dinâmica de mercado. Sem muitas delongas, aponta como consequência principal o prejuízo para todas as partes envolvidas, sendo para os consumidores que perdem a utilidade, pois não podem adquirir o produto/serviço e satisfazer os desejos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

imediatos ou para os produtores, que são impedidos de ganhar uma remuneração melhor e, por isso, devem se contentar com ganhos menores em outros lugares.

Conforme visto, a interferência estatal na dinâmica de mercado tende a ser catastrófica caso não observe o conjunto de valores impostos pelo contexto social que incide, inclusive, no campo econômico. Obviamente que essa premissa não deve ser interpretada às cegas, visto que nem sempre o conjunto de valores de determinada sociedade encontra-se em estado de evidência para todos e por todos. Isso não significa dizer que defendemos a posição absolutamente contrária ao intervencionismo estatal, pois sabemos que na dinâmica econômica, é perfeitamente plausível que o ente estatal elenque determinados comportamentos e estabeleça sanções, para o fim de desestimulá-los, e permitir um desenvolvimento econômico saudável.

Sendo assim, observa-se que a economia de determinada sociedade possui o seu próprio modo de agir e que esse conjunto de valores podemos chamar de *ética*. Apesar de soar um pouco estranha a afirmação, o modo cultural de ser de uma comunidade, na compra de bens, produtos ou contratação de serviços, reflete na dinâmica de mercado e isso traduz a ética como elemento limitador da liberdade econômica.

Obviamente que o raciocínio exposto somente pode ser aplicado nas sociedades em que vigora a democracia, pois em qualquer outro regime, não há como falar em delimitações naturais de mercado e sequer, em liberdade econômica, até porque, nos estados em que vigora o comunismo, não há prevalência da liberdade ou da livre iniciativa na troca de bens ou serviços. O que existe, é um intenso regramento estatal onde as ideias do estado devem prevalecer acima de tudo e de todos, pouco importando a real necessidade dos representados[16].

Portanto, na dinâmica de mercado, os valores morais sedimentados por determinado indivíduo refletem diretamente em suas escolhas quando do consumo de bens ou na contratação de serviços e esse comportamento, aceito e reproduzido pelos demais membros da sociedade, constitui o modo de ser dessa mesma sociedade, o que nos leva a entender que a ética é elemento limitador da atividade econômica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5. Conclusão

Diante do exposto, é possível concluir que cada sociedade possui uma pluralidade de valores morais que permeia seu comportamento. Nesse cenário, verifica-se que a ciência que estuda essa infinidade de valores morais se chama ética. De outro lado, constata-se que a economia é ciência que ganhou novos contornos a partir do século XVIII e que o conjunto de valores de determinada sociedade pode influenciar quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, independentemente da atuação dos poderes estatais. Obviamente que o sistema econômico adotado pelo Estado exerce grande influência nesse aspecto, mas, ainda assim, é possível perceber que o conjunto de valores é elemento que delineia a dinâmica do mercado.

6. Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. *A Ética a Nicômacos*. 4ª Edição. Editora UnB, 2001.

HOOFT, Stan Van. *Ética da Virtude*. Tradução Fábio Creder. Editora Vozes, 2013.

LEITE, Flamarion Tavares. *Dez Lições sobre Kant.* 9ª Edição. Editora Vozes, 2015.

MISES, Ludwing Von. *Ação Humana: Um tratado de Economia.* 3ª edição. Editora. Mises Brasil, 2010.

PAIN, Antônio. *Tratado de Ética*. Editora Humanidades, 2.002.

REALE, Giovane. *Historia da Filosofia: Antiguidade e Idade Média. Vol. I.* Editora Paulus, 1990.

ROTHBARD, Murray N. *Governo e Mercado: A Economia da Intervenção Estatal.* Editora. Mises Brasil, 2012.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia.* Editora Fundo de Cultura. 1961.

NOTAS:

---

[1]Conforme cediço, Aristóteles possui três tratados éticos, a saber: I) Ética a Eudêmono, II) Ética a Nicômacos e, III) Grande Ética.

[2]Aristóteles. *A Ética a Nicômacos*. 4ª Edição. Editora UnB 2001.

[3]A obra possui um total de X Livros. Fizemos uma síntese dos cinco primeiros para fins de trazer à colação informações que julgamos ser necessárias sem a intenção de tratar exaustivamente de todos os pontos tratados em *Ética a Nicômacos*.

[4]Paim, Antônio. *Tratado de Ética*. Editora Humanidades 2.002. pag. 69.

[5]Aristóteles nasceu em Stágiros, em Calcídice, território macedônio, em 384 a.C.

[6]Leite, Flamarion Tavares. *Dez Lições sobre Kant.* 9ª Edição. Editora Vozes. p. 85.

[7]*Hooft*, Stan Van. *Ética da Virtude*. Tradução Fábio Creder. Edit. Vozes. p. 16.

[8]*Pain*, Antônio. *Tratado de Ética.* 2002. Ed. Humanidades. pág. 14.

[9]*Pain*, Antônio. *Tratado de Ética.* 2002. Ed. Humanidades. pag. 8.

[10]Reale, Giovane. *Historia da Filosofia: Antiguidade e Idade Média.* Edit. Paulus. pág. 30.

[11]Reale, Giovane. *Historia da Filosofia: Antiguidade e Idade Média.* Edit. Paulus.pág. 29.

[12]Mises, Ludwing Von. *Ação Humana: Um tratado de Economia.* Edit. Mises Brasil. pag. 21.

[13]Mises, Ludwing Von. *Ação Humana: Um tratado de Economia.* Edit. Mises Brasil. pág. 832.

[14]Mises, Ludwing Von. *Ação Humana: Um tratado de Economia.* Edit. Mises Brasil.pág 864.

[15]Rothbard, Murray N. *Governo e Mercado: A Economia da Intervenção Estatal.* Edit. Mises Brasil. Pág. 56.

[16]*Schumpeter*, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia.* Edit. Fundo de Cultura. 1.961.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS- UM GIRO PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

RHAILA CARVALHO SAID, o autor: Servidora Pública Federal lotada no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Pós- graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Ex- advogada. Ex-assessora de juiz do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Aprovada em concursos públicos para os cargos de Técnico Judiciário (TRF4), Analista Judiciário (TJSC), Analista de Contas Públicas (MPTC/SC) e Juiz de Direito (TJ-CE).

RESUMO. O presente trabalho objetiva destrinchar o conceito de funcionário público para fins penais e a implicação prática da conceituação, trazendo à tona a jurisprudência dos Tribunais Superiores. A pesquisa realizada tem natureza explicativa, utilizando principalmente análise qualitativa de obras bibliográficas, dos textos legais e de julgados sobre a temática abordada.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O conceito de funcionário público; 1.1. O conceito de funcionário público para o Direito Administrativo; 1.2. O conceito de funcionário público para o Direito Penal; 2. A importância prática do enquadramento como funcionário público; 2.1. Aspectos penais; 2.2 Aspectos processuais; 3. O funcionário público na jurisprudência dos Tribunais Superiores; 4. Conclusão; 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva trazer à baila o conceito de funcionário público para fins penais, com enfoque na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Para tanto, será feito um paralelo do conceito de funcionário público do Direito Administrativo e do Direito Penal, apontando a importância prática da diferenciação, notadamente a caracterização de crimes funcionais previstos no Capítulo I do Título XI da Parte Especial do Código Penal, a extraterritorialidade incondicionada, a sujeição da progressão de regime prisional à reparação do dano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

causado à Administração Pública e o rito especial de apuração previsto no Código de Processo Penal.

Após, o artigo exporá didaticamente casos em que foi ou não reconhecida a qualidade de funcionário público pelos Tribunais Superiores, expondo sucintamente os fundamentos apresentados nas decisões.

Em conclusão, o trabalho trará a síntese da pesquisa e a tendência jurisprudencial na visão do autor.

1. O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO

1.1 O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO

A Constituição Federal de 1.988 não emprega a expressão "funcionário público", trazendo ora o termo "servidor público" (v.g art. 37, VI, da Constituição Federal), ora o termo "agente público" (v.g art. 37, §6º, da Constituição Federal). É o que explica Maria Silvya Di Pietro:

> "A Constituição de 1988, na seção II do capítulo concernente à Administração Pública, emprega a expressão "Servidores Públicos" para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas. É o que se infere dos dispositivos contidos nessa seção.
>
> No entanto, na seção I, que contém disposições gerais concernentes à Administração Pública, contempla normas que abrangem todas as pessoas que prestam serviços à "Administração Pública Direta e Indireta", o que inclui não só as autarquias e fundações públicas, como também as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Na seção III, cuida dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.
>
> Isso significa que "servidor público" é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado. Nenhuma vez a Constituição utiliza o vocábulo funcionário, o que não impede seja este mantido na legislação ordinária" (1)

Tecnicamente, a doutrina administrativista moderna prefere a expressão "agentes públicos", que engloba servidores públicos, empregados públicos, agentes políticos e particulares em colaboração com o Estado.

À guisa de ilustração, segue o conceito do doutrinador Marcelo Alexandrino:

> "Considera- se agente público toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por meio de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função" (2)

A expressão "agente público" também é encontrada no art. 2º da Lei 8.429 de 2 de Junho de 1992 - Lei da Improbidade Administrativa- que dispõe que " reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

Entrementes, o termo "funcionário público" é amplamente difundido na linguagem comum, fartamente encontrado na legislação ordinária e utilizado no Código Penal, razão pela qual será o adotado neste trabalho.

Nesse caminhar de ideias, por funcionário público, para fins de Direito Administrativo, pode ser entendido toda pessoa física que mantenha vínculo jurídico com o Estado, ainda que transitoriamente ou sem remuneração. São abrangidos pelo conceito:

- Os servidores titulares de cargo público efetivo, submetidos a regime estatutário, a teor do art. 39 da Constituição Federal;

- Os servidores temporários, contratados nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal;

-Os empregados públicos, expressão que designa os agentes com vínculo celetista com a Administração Pública, atuantes em regra nas empresas estatais;

-Os agentes políticos, exercentes de mandato eletivo (vereadores, deputados federais, deputados estaduais, senadores, prefeitos, governadores e presidente da república) ou de cargo de natureza eminentemente política, como secretários municipais, secretários estaduais e ministros de estado;

-Os agentes honoríficos, que sãos os particulares requisitados para prestarem colaboração ao Estado em atividades de caráter público, usualmente de forma temporária e gratuita, como mesários eleitorais e jurados,

-Os delegatários de serviço público, englobando os permissionários e concessionários, que prestam serviço público por delegação do Estado

-Os agentes credenciados, que são particulares incumbidos de representar o Estado em determinado ato ou atividade específica.

1.2 O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA O DIREITO PENAL

O legislador penal, utilizando-se da técnica de interpretação autêntica, trouxe no *caput* do art. 327, Capítulo 1, Título XI, do Código Penal, que versa sobre os crimes contra a Administração Pública, o seu próprio conceito de funcionário público, dispondo que "considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No *caput* do art. 327 do Código Penal, a definição de funcionário público em muito se assemelha àquela trazida pelo Direito Administrativo, abrangendo qualquer pessoa que exerça cargo (vínculo estatutário), emprego (vínculo contratual) ou função pública (termo residual que abrange outras relações na prestação de serviços públicos, incluindo por exemplo agentes políticos).

Da mesma forma, o *caput* do art. 327 do Código Penal abarca quem presta serviços transitórios ou sem remuneração, o que inclui os agentes honoríficos citados no subitem anterior, dentre eles o jurado do tribunal do júri e o mesário eleitoral.

Por sua vez, o parágrafo 1º do art. 327 do Código Penal disciplina a figura do funcionário público por equiparação, objetivando ampliar o conceito administrativista e elastecer o raio de proteção do bem jurídico tutelada pela norma penal, qual seja, a moralidade e a probidade administrativa. Em palavras simples, o dispositivo legal equipara a funcionário público, para fins penais, quem trabalha em entidade paraestatal e em empresa conveniada ou contratada para prestação de serviços públicos.

Detalhando o conceito, importante dizer que sobre a expressão "entidade paraestatal" pairam fundadas divergências doutrinárias, sendo ora empregada para designar o chamado "Terceiro Setor" – entidades privadas, sem fins lucrativos, que atuam ao lado do Estado na consecução de objetivos de caráter público—, ora empregada para se referir às entidades da Administração Pública Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Nesse sentido, as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

> O termo paraestatal tem formação híbrida, porque, enquanto o prefixo para é de origem grega, o vocábulo status é de origem latina. Paraestatal significa ao lado do Estado, paralelo ao Estado. Entidades paraestatais, desse modo, são aquelas pessoas jurídicas que atuam ao lado e em colaboração com o Estado. 24 Não obstante, vários são os sentidos que leis, doutrinadores e tribunais têm emprestado à expressão, o que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não só deixa dúvidas ao intérprete quando com ela se depara, como também imprime indesejável imprecisão jurídica, que em nada contribui para a ciência do Direito. Há juristas que entendem serem entidades paraestatais aquelas que, tendo personalidade jurídica de direito privado (não incluídas, pois, as autarquias), recebem amparo oficial do Poder Público, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas e as entidades de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos), como o SESI, SENAI, SESC, SENAC etc. 25 Outros pensam exatamente o contrário: entidades paraestatais seriam as autarquias. 26 Alguns, a seu turno, só enquadram nessa categoria as pessoas colaboradoras que não se preordenam a fins lucrativos, estando excluídas, assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. 27 Para outros, ainda, paraestatais seriam as pessoas de direito privado integrantes da Administração Indireta, excluindo-se, por conseguinte, as autarquias, as fundações de direito público e os serviços sociais autônomos. 28 Por fim, já se considerou que na categoria se incluem além dos serviços sociais autônomos até mesmo as escolas oficializadas, os partidos políticos e os sindicatos, excluindo-se a administração indireta. 29 Na prática, tem-se encontrado, com frequência, o emprego da expressão empresas estatais, sendo nelas enquadradas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Há também autores que adotam o referido sentido. 30 Essa funda divergência acaba levando o estudioso, sem dúvida, a não empregar a expressão, por ser destituída de qualquer precisão jurídica. 31 Na verdade, justifica-se integralmente essa posição. Com muito maior razão, não deveria utilizá-la a lei, como o faz, por exemplo, o art. 327, § 1 o , do Código Penal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> que considera funcionário público aquele que exerce função em entidade paraestatal. 32 Seja como for, a expressão, a nosso ver, e tendo em vista o seu significado, deveria abranger toda pessoa jurídica que tivesse vínculo institucional com a pessoa federativa, de forma a receber desta os mecanismos estatais de controle. Estariam, pois, enquadradas como entidades paraestatais as pessoas da administração indireta e os serviços sociais autônomos. Na verdade, sequer as autarquias deveriam, a rigor, estar excluídas da categoria das paraestatais, como sustentam alguns estudiosos. A despeito de serem pessoas de direito público, não 7. 7.1. estão no interior (já que não são órgãos), mas sim ao lado do ente federativo, e, tanto quanto as demais entidades, estão sujeitas à vinculação estatal e desempenham funções do interesse do Estado, em perfeita sintonia com suas metas. Para uma compreensão lógica, em nosso entender, ou a pessoa caracteriza-se como estatal, se for integrante do próprio Estado, como é o caso das pessoas federativas, ou, não sendo assim, terá ela que qualificar-se como paraestatal, por atuar em direta colaboração com o Estado por força de vínculo jurídico formal." (3)

Para os fins deste artigo, entende-se como entidade paraestatal os Serviços Sociais Autônomos, as Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, as Organizações da Sociedade Civil e toda a gama de entidades privadas que atuam em regime de parceria com o Estado e que, portanto, recebem o aporte de recursos públicos.

Prosseguindo, a segunda parte do §1º do art. 327 do Código Penal equipara à funcionário público quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Nessa linha, o trecho legal abrange os trabalhadores das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, que celebraram contrato administrativo com o Estado, precedido de licitação, nos moldes do art. 175 da Constituição Federal.

Assim, quando o Estado resolve adotar o modelo descentralizado de prestação de serviços públicos, mediante delegação, durante o exercício da função, ou em razão dela, os funcionários da empresa contratada, embora de Direito Privado, são considerados funcionários públicos para fins penais.

2. IMPORTÂNCIA PRÁTICA DO ENQUADRAMENTO COMO FUNCIONÁRIO PÚBLICO

2.1 ASPECTOS PENAIS

Os principais aspectos penais a serem abordados são a caracterização de crimes funcionais, a sujeição da progressão de regime à reparação do dano à Administração Pública e a extraterritorialidade incondicionada.

Sinteticamente, conceitua-se crime funcional aquele cometido pelo funcionário público no exercício das suas funções, ou em razão dela.

Os crimes funcionais dividem-se em próprios e impróprios.

Os primeiros são aqueles que, retirada a qualidade de funcionário público, tornam-se fatos atípicos e, portanto, irrelevantes para o direito penal.

A seu turno, nos crimes funcionais impróprios, se houver a descaracterização da qualidade de funcionário público, haverá desclassificação do delito para outro que seja de natureza comum quanto ao sujeito ativo, em geral de pena mais branda.

Sobre o tema, as precisas lições doutrinárias:

> "A seu turno, os crimes funcionais se dividem em próprios e impróprios. No primeiro caso, exige-se a presença da elementar "funcionário público", sem a qual o fato se torna atípico. No segundo, trata-se de ilícito a priori tipificado como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> crime comum, tornando-se, todavia, delito funcional em razão da elementar especializante "funcionário público". Exemplo do primeiro é o crime de prevaricação que, sem a presença de um funcionário público, torna-se um indiferente penal. Exemplo do segundo caso é justamente o crime de peculato – ora analisado – que, ante a ausência de um funcionário público como autor, coautor ou partícipe, nada mais seria, em termos gerais, do que uma hipótese de apropriação indébita (art. 168, do CP)." (4)

Observa-se, nesse ínterim, que o não enquadramento como funcionário público pode ser uma importante tese defensiva a ser levantada no curso da persecução penal relativa aos crimes funcionais.

Sobre a progressão de regime, o sistema penal brasileiro adota o modelo progressivo (ou inglês) de execução das penas privativas de liberdade, conjugando aspectos objetivos (frações de cumprimento da pena), formais (oitiva do Ministério Público e da defesa) e subjetivos (bom comportamento carcerário, dentre outros), conforme art. 33, §2º, do Código Penal cumulado com art. 112 da Lei de Execução Penal.

Para a progressão de regime nos crimes contra a Administração Pública, contudo, há um requisito adicional, qual seja, a reparação do dano ou a devolução do produto do ilícito, com acréscimos legais (art. 33, §4º, do Código Penal).

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal atestou a constitucionalidade da previsão legal, decidindo que no EP 22 ProgReg-AgR/DF "é constitucional o art. 33, § 4º, do CP, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a administração pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito" (5).

Por fim, os crimes contra a Administração Pública estão sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, independentemente se o agente foi absolvido ou condenado pela justiça estrangeira. É o que se observa da leitura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conjugada do inciso I, *caput*, do art. 7 cumulado com §1º do mesmo artigo, ambos do Código Penal, sendo fenômeno classificado doutrinariamente como "extraterritorialidade incondicionada" ou "extraterritorialidade irrestrita". Corroborando o autor, cita-se mais uma vez a doutrina especializada:

> "As hipóteses de extraterritorialidade irrestrita estão catalogadas no inc. I, do art. 7º, do CP, e vinculam-se à alta relevância dos interesses atingidos. Em tais hipóteses, não se exige qualquer condição para a incidência da nossa lei penal. Portanto, os fatos serão processados e julgados no Brasil, independentemente do seu autor ser brasileiro, estrangeiro ou apátrida. Pouco importa se a conduta tiver sido praticada em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente, ou ainda no território de outro Estado. Na mesma esteira, é igualmente irrelevante o fato de o autor do delito ter sido julgado, absolvido ou condenado no estrangeiro, ou que lá o fato esteja alcançado pela prescrição ou que sequer seja previsto como crime (cf. art. 7º, § 1º, do CP).
>
> (...)
>
> A hipótese de extraterritorialidade do art. 7º, I, "c", do CP, encontra-se igualmente ancorada no citado princípio da proteção ou defesa, guardando, no caso, relação com os servidores públicos que se encontrem desempenhando suas atividades fora do território nacional. O Capítulo I, do Título XI, da Parte Especial do Código, contempla os chamados "crimes funcionais", ou seja, aqueles que são cometidos por funcionários públicos (peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação etc.)" (6)

2.1 ASPECTOS PROCESSUAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Código de Processo Penal, em seus artigos. 513 a 518, regula o procedimento a ser aplicado no caso de "crimes de responsabilidade dos funcionários públicos".

A principal diferença para o rito comum é a possibilidade de apresentação de uma defesa preliminar, após oferecimento da denúncia e antes do seu recebimento, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal, o que é considerado uma prerrogativa funcional e um benefício ao réu.

Vale dizer que, embora o Código de Processo Penal utilize o termo "crimes de responsabilidade", que, a rigor, são infrações político-administrativas, é assente na jurisprudência que o rito em questão em aplicável aos crimes funcionais próprios previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal.

A título de exemplo, cita-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> "(...) 1. O procedimento especial previsto nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal só se aplica aos delitos funcionais típicos, descritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Precedentes.
>
> 2. No caso dos autos, os recorrentes foram denunciados pelo crime de fraude à licitação, o que afasta a incidência do artigo 514 do Estatuto Processual. (...)"
>
> (7)

Frisa-se, ainda, que atualmente, todos os delitos funcionais próprios são afiançáveis,

razão pela qual enquadram-se, sem exceção, no rito especial de persecução penal.

3. O FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Feita a conceituação do funcionário público para o Direito Penal e explanadas as principais consequências práticas, o presente capítulo se dedicará à exposição de alguns casos nos quais foi debatida a qualidade de funcionário público pelos Tribunais Superiores.

-Diretor de organização social

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 138484/DF (8)**,** entendeu que o diretor de Organização Social é considerado funcionário público por equiparação, pois as Organizações Sociais celebraram contrato de gestão com o Poder Público e, portanto, são tidas como "entidades paraestatais" (art. 327, §1º, do Código Penal).

-Administrador de Loteria

Segundo o que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no AREsp 679.651 (9)*, o administrador de loteria é funcionário público para fins penais, pois a loteria executa atividade típica da Administração Pública, mediante permissão.*

-Advogados dativos

Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 264.459 (10)*, o advogado dativo, que celebra convênio com o Poder Púbico para atuar de forma remunerada na defesa de hipossuficientes, é funcionário público para fins penais. Assim, pode responder por corrupção passiva (art. 317 CP).*

-Médico de hospital particular credenciado/conveniado ao SUS (após a Lei 9.983/2000)

Depois da Lei nº 9.983/2000, que alterou o § 1º do art. 327 do Código Penal, o médico credenciado ao Sistema Único de Saúde, segundo o Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1101423/RS (11), pode ser equiparado a funcionário público para efeitos penais.

-Estagiário de órgão ou entidade públicos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1303748/AC (12), *decidiu que o estagiário de órgão público* se subsome *perfeitamente à figura do funcionário público equiparado descrita no art. 312, §1º, do Código Penal, responsabilizando-o, no caso concreto, por peculato-furto.*

-Depositário judicial

O depositário judicial não foi considerado funcionário para fins penais pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 402.949-SP (13). Conforme o tribunal, o depositário judicial não ocupa cargo público, mas tão somente múnus púbico, não podendo haver interpretação extensiva em desfavor do réu.

4. CONCLUSÃO

O Código Penal trouxe no *caput* do art. 327 o conceito de funcionário público para fins de caracterização dos crimes funcionais contra a Administração Pública.

A conceituação do Código Penal é abrangente e objetiva punir todo aquele que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, mantenha vínculo com o Estado e exerça cargo, emprego ou função púbica.

Por sua vez, a figura do funcionário público equiparado (art. 327, §1º, do Código Penal) amplia o conceito administrativista e abarca os trabalhadores de entidades paraestatais e de empresas que, mediante contrato ou convênio, executam atividade típica da Administração Pública.

A conceituação tem importantes implicações de ordem processual e penal. Especialmente nos crimes funcionais próprios, a perda da qualidade de funcionário público implica na atipicidade do delito e consequente absolvição do réu ou indiciado, razão pela qual é uma recorrente tese defensiva.

Quanto ao tema, a jurisprudência tem sido extensiva, já tendo reconhecida a qualidade de funcionário público, por exemplo, para estagiário de órgão público, diretor de Organização Social, administrador de Loteria e advogado dativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por sua vez, a jurisprudência negou a qualidade de funcionário público para o administrador judicial, ao argumento de que exerce tão somente múnus público, não cabendo analogia desfavorável ao réu.

Assim, na visão do autor, exceto nos casos em que não houver perfeita subsunção ao conceito legal (art. 327, caput e §1º do Código Penal), a tendência é um enquadramento amplo, abrangendo agentes políticos, magistrados, promotores, defensores públicos, delegados, servidores estatutários, servidores temporários, servidores comissionados, empregados públicos, agentes honoríficos, particulares em colaboração, delegatários e permissionários de serviços públicos, dentre outros.

5. REFERÊNCIAS

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 31º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

2. ALEXANDRINO, Marcelo. **Curso de Direito Administrativo Descomplicado**. 16ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2008.

3. FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

4. JAPIASSU, Eduardo Carlos. GUEIROS, Artur. **Direito Penal**. Volume Único. São Paulo: Editora Atlas. 2018.

5. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Plenário**. EP 22 ProgReg-AgR/DF**, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 17/12/2014, publicado em 18/03/2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8038320.

6. JAPIASSU, Eduardo Carlos. GUEIROS, Artur. **Direito Penal**. Volume Único. São Paulo: Editora Atlas. 2018.

7. Brasil. Superior Tribunal de Justiça.. 5ª Turma. **RHC 37.309/PE**, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 03/09/2013, publicado em 17/09/2013. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301233643&dt_publicacao=17/09/2013.

8. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC 138484/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 11/9/2018 (Info 915), publicado em 18/10/2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28138484%2ENUME%2E+OU+138484%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3wfvv4h.

9. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **AREsp 679.651/RJ**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 11/09/2018, publicado em 17/09/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=679651&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.

10. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 264.459-SP**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 10/3/2016 , publicado dia 16/03/2016 (Info 579), Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300316480&dt_publicacao=16/03/2016.

11. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **AgRg no REsp 1101423/RS**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 06/11/2012, publicado dia 14/11/2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1101423&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.

12. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **REsp 1303748/AC**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 25/06/2012, publicado em 06/08/2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1303748&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.

13. Brasil. Superior Tribunal de Justiça.STJ. 6ª Turma. **HC 402.949-SP**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 13/03/2018, DJ 26/03/2018 DISPONIVEL

EM https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=402949&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: NOVO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

RAQUEL SILVESTRE MATOSO VENESIA, o autor: bacharel em direito, advogada com registro cancelado a pedido, analista de Direito no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: A Tomada de Decisão Apoiada é uma figura de proteção e amparo às pessoas portadoras de deficiência, introduzida no Código Civil pela Lei n.º 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Trata-se de uma inovação legislativa que visa garantir que o portador de deficiência exerça sua capacidade legal de forma mais autônoma, pois, de acordo com o novo instrumento, a pessoa com deficiência irá escolher sujeitos de sua confiança para lhe auxiliar em alguns atos da vida civil. É, portanto, instituto de apoio destinado à proteção daquela pessoa com deficiência que possua um grau de discernimento necessário que lhe permita o exercício dessa livre escolha. O presente artigo analisa as alterações legislativas trazidas pela Lei brasileira de Inclusão e suas implicações na visão de alguns doutrinadores, especifica o contexto social em que é inserida a Tomada de Decisão Apoiada e seus principais elementos caracterizadores, bem como aponta suas diferenças em relação ao instituto da Curatela.

Palavras Chave: Convenção das Nações Unidas – Direitos das pessoas com deficiência – Reconhecimento igual perante a lei – Capacidade legal – Autonomia e inclusão.

ABSTRACT: *The supported decision-making is a figure of protection for people with disabilities, introduced in the Civil Code by Law No. 13,146 / 2015 - Brazilian Law of Inclusion of People with Disabilities. This is a legislative innovation which aims to ensure that the disabled person to exercise their legal capacity in a more autonomous way, because, according to the new instrument, the disabled person will choose subjects of their confidence to them help in some acts civilian life. It is, therefore, an institute of support for the protection of that person with a disability who has a degree of discernment necessary to enable him to exercise this free*

choice. This scientific article analyzes the legislative changes introduced by the Brazilian Law on Inclusion and its implications in the view of some doctrinators, specifies the social context in which the Supported Decision Making is inserted and its main characterizing elements, as well as its differences in relation to the institute of curatorship.

Keywords: *UN Convention - Rights of disabled people - Equal recognition before the law - Legal capacity - Autonomy and inclusion.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CAPÍTULOS. CAPÍTULO I. Da proteção do incapaz na Constituição da República de 1988 e no Código Civil de 2.002 e a inovação introduzida pela Lei 13.146/2015. CAPÍTULO II. Dos Elementos Caracterizadores: Conceito; sujeitos; objeto; formalidades do pedido; efeitos da decisão; responsabilidades dos apoiados. 2.1 - Sujeitos do Processo. 2.2 - Objeto da Tomada de Decisão Apoiada (TODA). 2.3 – Procedimento Judicial. 2.4 – Tomada de Decisão Apoiada e Curatela. 3 CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

1. INTRODUÇÃO

Em épocas de mudanças significativas no cenário social, orientado para a promoção dos direitos de liberdades das pessoas com deficiência, torna-se necessário que o ordenamento jurídico acompanhe essa evolução, de forma a garantir maior inclusão social dessas pessoas.

Nesse contexto, surgiu a lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, visando dar máxima efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, trazendo alterações no regime de capacidade previsto no Código Civil de 2.002.

Além dessa visão social, constitucional e legislativa, a premissa do presente artigo é abordar as características, os elementos e os requisitos do novo instrumento de proteção da pessoa com deficiência, a Tomada de Decisão Apoiada.

Isso porque, a partir da vigência da aludida legislação, as pessoas com deficiência que eram consideradas absolutamente incapazes, tornam-se relativamente incapazes e aquelas pessoas com deficiência que eram relativamente incapazes por discernimento reduzido, serão plenamente capazes e direcionadas ao novo modelo da Tomada de Decisão Apoiada.

Referida legislação trouxe alterações no regime de capacidade previsto nos artigos 3º e 4º do Código Civil, passando o ordenamento jurídico a considerar como absolutamente incapaz somente os menores de 16 anos, *verbis*:

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.
>
> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
> III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
> IV - os pródigos.
>
> Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Dessa forma, a partir de 7 de julho de 2015 (publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência), todas as pessoas com deficiência, anteriormente especificadas nos incisos II e III, da redação do antigo artigo 3º do Código Civil, passaram a ser consideradas como relativamente capazes para o Direito Civil, o que pode ser considerado um avanço na busca pela promoção de igualdade dessas pessoas.

Nessa seara de inclusão social, o artigo 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência acresceu o artigo 1.783-A no Código Civil, trazendo um novo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

instrumento de proteção da pessoa com deficiência, que é a Tomada de Decisão Apoiada:

> Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.
>
> § 1o Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.
>
> § 2o O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.
>
> § 3o Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.
>
> § 4o A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.
>
> § 5o Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6o Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7o Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8o Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9o A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

Tal instrumento de proteção surge como uma alternativa ao instituto da curatela que, também por força do novo Estatuto, passa a ter o caráter de medida excepcional, a ser adotada quando e na medida em que for necessária.

Conforme será melhor abordado abaixo, enquanto direito material, a Tomada de Decisão Apoiada, nos termos do artigo 84, §2º do referido Estatuto, é

faculdade assegurada pela legislação à pessoa com deficiência, que poderá adotar o processo desse novo instrumento quando sentir necessidade.

Enquanto procedimento, e de acordo com o artigo 1.783-A do Código Civil, a Tomada de Decisão Apoiada é processo através do qual a pessoa com deficiência elege, pelo menos 2 pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Da leitura do supracitado artigo observa-se que se privilegiou o poder de escolha do portador de deficiência, o qual pode escolher sujeitos de sua confiança para lhe auxiliar em alguns atos da vida civil.

De fato, tal regime reforça a autonomia do portador de deficiência, pois poderá ser auxiliado por pessoas, não porque lhe foram nomeadas, mas sim porque assim o almejou, circunstância esta que diferencia esse sistema do sistema da curatela, já que em algumas ocasiões fixava-se a curatela à revelia e contra os interesses do portador de necessidade.

Esse novo modelo jurídico vem para concretizar o artigo 12.3 do Decreto n.º 6.949/09 – que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência – e que assim dispõe: *Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal*.

Outrossim, o novo instrumento protetivo possui inspiração no legislador italiano, que introduziu em seu *Codice Civile* (arts. 404 a 413), a figura do *amministratore di sostegno*, ou seja, o administrador de apoio.

Assim como na Itália, no Brasil, é regime que não exclui a curatela. Porém já há quem diga que esse novo instrumento, apesar de não substituir a curatela, surge com o intuito de provocar o seu desuso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

São frequentes os questiona-se se a Tomada de Decisão Apoiada implica na perda da capacidade do sujeito que a requerer. Contudo, como será analisado abaixo, a resposta é negativa. Isso porque, infere-se da leitura do artigo 1.783-A do Código Civil que os negócios realizados nos limites do apoio acordado terão validade e efeitos sobre terceiros, podendo, inclusive, esse terceiro solicitar que as pessoas que apoiam o deficiente contra-assinem o contrato ou acordo.

Portanto, de suma importância o estudo e análise desse novo sistema de proteção, haja vista que, além de garantir maior autonomia ao portador de deficiência, propiciará reflexos no sistema da curatela e no campo dos negócios jurídicos em geral.

CAPÍTULO I

1. Da proteção do incapaz na Constituição da República de 1988 e no Código Civil de 2.002 e a inovação introduzida pela Lei 13.146/2015.

Em agosto do ano de 2009 passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro o Decreto 6.949/2009, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro Tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional com *status* de emenda constitucional.

Tal Tratado especifica os direitos das pessoas com deficiência, dentre eles, o direito destas de gozarem de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, em todos os aspectos da vida, e assim o faz com o objetivo de promover uma maior inclusão social dessas pessoas.

Pessoa com deficiência, nos termos do artigo 1 do referido Decreto[1] é aquela pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Foi nesse cenário de promoção social que foi editada a Lei 13.146/2015, que instituiu a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a qual, por sua vez, modificou o sistema legal de capacidade previsto na legislação civilista brasileira.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ives Gandra Martins, no Prefácio da obra *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência* de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho (Saraiva, 2016) comenta o surgimento da Lei Brasileira de Inclusão diz ser ela uma decorrência da necessidade de se promover a inclusão social das pessoas com deficiência. Em suas palavras:

> Deixaram, tais pessoas, de ser vistas como "socialmente inconvenientes", merecendo tratamento apenas humanitário, como no passado. Ganharam a dignidade da plena cidadania, com a obrigação de a comunidade em geral suprir, suas necessidades. É uma lei da natureza integrativa, de profundo conteúdo social e de indiscutível justiça. (COSTA FILHO, 2016, p.20).

A Lei Brasileira de Inclusão, por força do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III,d a CR/88), do objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, da CR/88) e da citada Convenção das Nações Unidas, trouxe um novo modelo para a teoria das incapacidades, pois, garantiu às pessoas portadoras de deficiência o reconhecimento de suas capacidades e habilidades, promovendo sua autonomia, o que não ocorria anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro.

Na síntese de Waldir Macieira da Costa Filho:

> Seguindo a intenção precípua de efetivar princípios e regras trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência, a LBI adota o modelo biopsicossocial de deficiência e deixa claro que os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzem obstáculos por si só, mas sim que as barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidas socialmente, sendo fundamental estratégias políticas, jurídicas e sociais que excluam esses obstáculos e discriminações negativas, permitindo aos deficientes demonstrar suas capacidades e usufruir de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> autonomia e independência para uma real inclusão. (COSTA FILHO, 2016, p. 369).

Pois bem, a questão da capacidade, tanto no Código Civil de 1916, quanto no Código Civil de 2002, foi regulamentada de modo a limitar a autonomia dos portadores de deficiência para certos atos da vida civil.

A objetividade jurídica de tal limitação sempre foi o da proteção do incapaz, assim chamado pela legislação civilista, pois considerado como pessoa vulnerável.

O regime das incapacidades, disciplinado no artigo 3º do Código Civil de 2002, possuía a seguinte redação:

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
>
> I - os menores de dezesseis anos;
>
> II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
>
> III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

A lei n.º 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) trouxe modificações substanciais, pois, suprimiu os incisos II e III do referido artigo.

De acordo com a nova redação do artigo 3º, são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil somente os menores de 16 anos.

Agora, as pessoas com deficiência, antes classificadas como absolutamente incapazes, com a vigência da Lei n.º 13.146/2015, têm assegurado que sua deficiência não mais afeta sua plena capacidade civil, pois, a partir da nova redação do artigo 4º do Código Civil, tais pessoas foram remetidas para o rol dos relativamente incapazes, a partir da nova redação do artigo 4º do Código Civil, *verbis:*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
>
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
>
> II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
>
> III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
>
> IV - os pródigos.
>
> Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Nas palavras de Waldir Macieira da Costa Filho,

> A partir da LBI, não falaremos mais em interdição, como Pablo Stolze cita, mas em curatela, em medidas protetivas restritas a atos negociais e patrimoniais, resguardando-se demais direitos das pessoas com deficiência, como votar, trabalhar e casar. (COSTA FILHO, 2016, p. 366/367).

Interpretando a alteração legislativa, Flávio Tartuce assim conclui:

> Em suma, não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há que se falar mais em interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade. (TARTUCE, 2015, www.migalhas.com.br).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Porém, essa nova alteração legislativa não encontra apoio unânime entre os doutrinadores civilistas.

Há quem faça críticas em relação à mudança no regime de incapacidade civil do Código.

Comentando o dissenso doutrinário, o citado Flávio Tartuce pondera:

> Percebemos, pela leitura de textos publicados na internet em 2015, que duas correntes se formaram a respeito da norma. A primeira – à qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kümpel - condena as modificações, pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade). A segunda vertente - liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze - aplaude a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão.
>
> Entre uma ou outra visão, a priori, estamos alinhados aos segundos juristas citados. A propósito, cabe lembrar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência regulamenta a Convenção de Nova York, tratado de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, e que gera efeitos como emenda constitucional (art. 5 .0, § 3 .º, da CF/ 1 988 e Decreto 6. 949/2009) .
>
> Nos termos do seu art. l.º, o propósito da Convenção "é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente". Todavia, ressalte-se que somente o tempo e a prática poderão demonstrar se o melhor caminho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> é mesmo a dignidade-liberdade, em vez da anterior dignidade-vulnerabilidade. (TARTUCE, 2016, p. 1.441/1.442).

Em que pese se filie àqueles que aplaudem a inovação, Tartuce não deixa de lançar críticas à mudança do sistema:

> Todavia, pode ser feita uma crítica inicial em relação à mudança do sistema. Ela foi pensada para a inclusão das pessoas com deficiência, o que é um justo motivo, sem dúvidas. Porém, acabou por desconsiderar muitas outras situações concretas, como a dos psicopatas, que não serão mais enquadrados como absolutamente incapazes no sistema civil. Será necessário um grande esforço doutrinário e jurisprudencial para conseguir situá-los no inciso III do art. 4º do Código Civil, tratando-os como relativamente incapazes. Não sendo isso possível, os psicopatas serão considerados plenamente capazes para o Direito Civil. (TARTUCE, 2015, www.migalhas.com.br).

E a controvérsia persiste para outros doutrinadores. Anderson Scheireber comentando a vigência da Lei n.º 13.146/15 assim pontua:

> A maior falha do Estatuto não se situa, contudo, em defeitos pontuais, relativos a essa ou àquela inovação. Sua maior deficiência foi ceder ao peso excessivo da concretização, a ponto de operar uma reforma limitada à situação do deficiente, que acabou por ser introduzida sem uma preocupação sistemática e abrangente. O efeito disso é uma reforma tão restrita no regime de incapacidades que gera um resultado fraturado, em que os conceitos tradicionais do Direito Civil foram excepcionados de modo casuístico, sem uma efetiva reformulação. O excesso de preocupação com a terminologia (há passagens que parecem inspiradas unicamente no intuito de evitar expressões como “deficiente”,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "interdição" etc.) talvez tenha tirado o foco de questões centrais, que deveriam ser enfrentadas como a avaliação do discernimento e a modulação dos efeitos da curatela. Com isso, em vez de valorizar o dado concreto da realidade, o Estatuto acabou por criar um outro sistema abstrato e formal, no qual agora a pessoa com deficiência é sempre capaz, ingressando-se, mais uma vez, no velho e revelho modelo do "tudo-ou-nada" em relação à capacidade, agora com sinais trocados, mas ainda preso à lógica abstrata e geral que governava a disciplina das incapacidades na codificação de 1916 e que nosso Código Civil de 2002 reproduziu, com impressionante dose de desatualidade. Uma efetiva personalização do regime de incapacidades, que permita a modulação dos seus efeitos, seja no tocante à sua intensidade, seja no tocante à sua amplitude, continua a ser aguardada para completar a travessia do sujeito à pessoa – para usar a expressão de Stefano Rodotà –, e não poderá ser alcançada com a criação de setorizações desnecessárias que, ainda quando compreensíveis à luz das oportunidades legislativas ditadas por uma agenda política, acabam por recortar o sistema quando deveriam reformá-lo. (SCHEIREBER, 2016, www.cartaforense.com.br).

Também para Waldir Macieira (COSTA FILHO, 2016, p. 366/367), no caso das incapacidades absolutas, cabe reflexão, pois, *existirá casos excepcionalíssimos de aplicação a pessoas com deficiência efetiva e comprovadamente impedidas em todos os seus sentidos e nos atos de exercício da cidadania.*

Para ele, nesses casos, não caberá a aplicação da norma pura e simples do dispositivo de lei, pois, o Direito, por ser mutável e flexível, carece se adequar às necessidades da sociedade e, para tanto, teríamos que utilizar dos vários métodos

de interpretação jurídica para aplicar da melhor forma a norma ao caso concreto, seja para garantir a autonomia e/ou para proteger a pessoa com deficiência.

Lado outro, como dito, há quem entenda que, mesmo diante das dificuldades que possam vir a serem enfrentadas, decorrentes dessa alteração, ainda assim, deve prevalecer o princípio constitucional da dignidade humana como expoente máximo a ser homenageado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, corrente à qual me filio.

Nesse sentido é o comentário de Pablo Stolze:

> Considerando-se o sistema jurídico tradicional, vigente por décadas, no Brasil, que sempre tratou a incapacidade como um consectário quase inafastável da deficiência, pode parecer complicado, em uma leitura superficial, a compreensão da recente alteração legislativa.
>
> Mas uma reflexão mais detida é esclarecedora.
>
> Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser "rotulada" como incapaz, para ser considerada - em uma perspectiva constitucional isonômica - dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada[5} e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil. (STOLZE, 2016, www.jus.com.br).

Do mesmo modo, afirma Rodrigo da Cunha Pereira que:

> o Estatuto da Pessoa com Deficiência vem atribuir dignidade a todos aqueles que em razão de uma causa física ou mental tem dificuldade de expressar sua vontade. Essa dificuldade, traduz a lei, não pode mais ser motivo de exclusão do sujeito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> e de sua capacidade de praticar atos tais como casar, estabelecer vínculos afetivos, fazer e desfazer negócios. Não é mais necessário que sejam interditados, agora estes atos podem ser praticados com a ajuda de 2 pessoas idôneas com as quais a pessoa com deficiência mantenha vínculos e gozem de sua confiança. É a denominada "Tomada de Decisão Apoiada", (Art. 1783 – A introduzido no Código Civil Brasileiro pela lei 13.146/2015) que já acontece na Itália desde 2004 e também no Novo Código Civil da Argentina que passará a vigorar em 2016. Sem dúvida esta nova lei é uma evolução na teoria e prática da categoria jurídica da capacidade das pessoas, e é o reconhecimento e valorização da dignidade humana que há em cada sujeito. (PEREIRA, 2015, www.rodrigodacunha.adv.br).

E, reconhecendo que para exercerem os seus direitos de forma ampla, as pessoas com deficiência devem possuir autonomia e independência individual, inclusive para fazer as próprias escolhas, o Decreto 6.949/2009 disciplinou, em seu artigo 12, a forma como esse reconhecimento de igualdade perante a lei será efetivado, dispondo acerca do apoio que essas pessoas poderão se valer para exercerem sua capacidade legal.

Assim preceitua o artigo 12 do Dec. 6.949/09:

> Artigo 12 Reconhecimento igual perante a lei
>
> 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
>
> 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
>
> 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
>
> 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Da análise da norma supracitada, notadamente do item 3, infere-se que o Brasil, enquanto Estado Parte da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, não apenas se comprometeu a reconhecer que tais pessoas gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, em todos os aspectos da vida, como também se comprometeu a tomar medidas apropriadas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para prover o acesso dos deficientes ao apoio que eles necessitarão para exercerem essa capacidade legal.

E, partindo da premissa de que a alteração legislativa visa promover o princípio da dignidade humana, os portadores de deficiência física, mental ou intelectual passam, portanto, a possuírem capacidade legal plena, ainda que para tanto necessitem de um apoio, previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência e acima denominado por Pablo Stolze como "instituto assistencial específico", qual seja: a Tomada de Decisão Apoiada que, como já dito, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 13.146/2015, e no Código Civil vigente e está disciplinada no artigo 1.783-A.

Trata-se de uma figura que surge como uma alternativa a um dos institutos de Direito de Família, a Curatela, que, também por força do novo Estatuto, sofreu alterações. Ambos os institutos serão analisados no decorrer do presente trabalho.

Os contornos objetivos do Art. 116 da Lei 13.146/2015 que introduziu na legislação brasileira o instituto da Tomada de Decisão Assistida, tem como forte inspiração semelhante instituto criado no direito italiano pela Lei 06/2004 daquele País.

Referida Lei 06/2004 alterou o *Codice Civile* introduzindo a figura da *amministrazione di sostegno* adequando a legislação italiana à Diretiva 2000/78 da Comunidade Europeia que estabeleceu um quadro geral orientativo para ser seguido pelos demais Estados Membros com o intuito de garantir uma uniformização de paridade de tratamento especifico para questões relativas às condições de emprego e direitos trabalhistas. (DE FILIPPIS, 2012, p. 05).

O legislador Italiano, seguindo as orientações da Comunidade Europeia, percebeu e entendeu a necessidade de se adaptar a legislação às peculiaridades e subjetividades das pessoas portadoras de limitações parciais que, em razão da rigidez da legislação então vigente, se viam excluídos do mercado de trabalho, mesmo possuindo plenas condições para determinadas atividades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A inovação alcançada pela Lei 06/2004 ao introduzir a figura da *Amministrazione di Sostegno* na legislação italiana foi garantir a proteção e o apoio de sujeitos impossibilitados de promover a tutela de seus direitos e/ou interesses por razões distintas das enfermidades mentais que, segundo constava do *Codice Civile* então vigente, eram as únicas causas que autorizavam a nomeação de curadores ou tutores.

As alterações feitas no *Códice Civile* pela Lei 06/2004 foram baseadas em três princípios basilares: a) principio da conservação da capacidade de agir, que ultrapassava a tradicional tutela baseada na limitação parcial ou total do individuo; b) principio da personalização, cuja tutela do beneficiário, sua singularidade e aquela de seus interesses era o objetivo principal de todo o instituto e seu procedimento, inclusive vinculando o Juiz à vontade e exigências do beneficiário; e c) principio da celeridade e gratuidade do procedimento. (DE FILIPPIS, 2012, p. 11)

Segundo o Professor italiano Bruno De Filippis[2], o instituto *Amministrazione di Sostengo* introduzido na legislação italiana e que serviu como base para o modelo brasileiro, supre uma grave e injusta lacuna legislativa, criando meios de garantir a indivíduos portadores de certas formas de limitações, o pleno exercício de suas vontades e direitos, sem a necessidade de se socorrer a institutos muitas das vezes inadequados ou tecnicamente inaplicáveis, como a curatela ou interdição:

> L'amministrazione di sostegno viene, in tal modo, a configurarsi come strumento ordinario per la protezione di tutti quei soggetti deboli, in grado sì di autodeterminarsi ma in difficoltà relativamente alla gestione delle eventuali problematicità della vita quotidiana. Prima della riforma, tali soggetti finivano per ricadere, con non poche forzature, nel regime dell' interdizione o dell' inabilitazione, palesemente sproporzionati rispetto alle reali necessità di tutela, o non ricevevano alcuna protezione giuridica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E foi exatamente esta preocupação que se percebeu no Legislador brasileiro com a promulgação da Lei n.º 13.146/15, ou seja, garantir que a pessoa com certo grau de deficiência tenha assegurado, observando as peculiaridades e subjetividades de cada individuo, o direito ao efetivo exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, que somente será restringido em situações excepcionais, por meio da citada Curatela ou do novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

Com as alterações introduzidas pela Lei 13.146/15, tem-se inegavelmente que a Tomada de Decisão Apoiada passa a ser instituto jurídico moderno a atualizado com as orientações das Nações Unidas e da Comunidade Europeia.

Além disso, crias-e um mecanismo que, se por um lado transforma a curatela em medida extraordinária e limitada a negócios jurídicos de cunho patrimonial ou econômico, passa a atender com maior exatidão as reais necessidades e anseios de pessoas portadoras de determinadas limitações físicas ou cognitivas, fazendo com que tenham uma maior autonomia em suas decisões, não dependendo mais da antiga, figura do curador com poderes ilimitados.

O que se deve ter em mente é que essas alterações decorrem de um contexto social de promoção e reconhecimento da pessoa portadora de deficiência, propiciando a ela o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de forma ampla e eficaz.

CAPITULO II

2 - Dos Elementos Caracterizadores: Conceito; sujeitos; objeto; formalidades do pedido; efeitos da decisão; responsabilidades dos apoiadores.

A Tomada de Decisão Apoiada, conforme mencionado no capítulo anterior, é uma inovação trazida pela Lei n.º 13.146/15 que, por sua vez, possui inspiração em outros ordenamentos jurídicos, dentre eles o italiano.

O conceito jurídico de Tomada de Decisão Apoiada está previsto no *caput do* artigo 1.783-A do Código Civil:

> Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Segundo a norma, o primeiro conceito que se pode extrair deste instituto é que trata-se de procedimento jurisdicional, ao contrário do modelo italiano que poderia ser judicial ou administrativo, segundo o caso.

Em seguida se extrai com facilidade a autonomia e autodeterminação que o legislador buscou garantir a estas pessoas, uma vez que serão elas a escolher dois apoiadores de sua confiança e com as quais já possua algum vínculo sócio/afetivo, não exigindo, necessariamente que sejam familiares.

Considerando que o Código Civil não possui definição técnica e expressa do conceito de "pessoa idônea" esta condição será de avaliação subjetiva, tanto da pessoa a ser assistida, quando do Ministério Público e da equipe multidisciplinar de auxiliares que irão entrevistar os envolvidos no momento previsto no §3º do Art. 1.738-A do Código Civil.

Por fim, o principal elemento caracterizador do instituto da Tomada de Decisão Apoiada se verifica nos limites de atuação colocados a disposição na referida norma que demonstra que os apoiadores não exercerão nenhum ato em nome da pessoa apoiada, mas lhe fornecerão apoio e informações necessárias para que o deficiente escolha livremente e tome suas próprias decisões.

A utilização do instituto da Tomada de Decisão Apoiada, como já dito acima, somente poderá ser exercido legal e corretamente se a pessoa com deficiência possuir um grau de discernimento mínimo que permita o exercício livre da escolha e da autodeterminação da pessoa que será apoiada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme §1º do artigo 1.738-A do Código Civil o auxílio de apoiadores através da figura da Tomada de Decisão Apoiada poderá ser requerida assinalando-se expressamente os limites do apoio a ser prestado, bem como poderão ser limitados o período em que subsistirá este auxílio, bem como a determinação específica do ato jurídico sobre o qual deverão atuar os apoiadores.

> § 1º. Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Como já dito acima, o Instituto da Tomada de Decisão Apoiada será exercido pelo interessado através de procedimento de jurisdição voluntária, através da provocação do interessado ao Poder Judiciário, mas que, nos termos do §3º, do artigo 1.783-A, exige a participação do Ministério Público como *custos iuris* e de equipe multidisciplinar que irão atestar qual o grau de limitação e deficiência do interessado, a idoneidade dos apoiadores indicados bem como os limites e contorno sobre os quais os apoiadores deverão exercer suas funções:

> § 3o Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

Extraem-se dos conceitos acima algumas características que serão melhor especificadas a seguir.

2.1 – Sujeitos do Processo

De acordo com o artigo 1.783-A do Código Civil, somente a pessoa com deficiência - aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial – pode propor a ação judicial, devendo, para tanto,

nomear duas pessoas idôneas para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil.

Portanto, a legitimidade ativa é exclusiva daquele que do ato se beneficiará.

Joyceane Bezerra de Menezes diz que, embora a previsão da TDA seja derivada de alteração legislativa promovida pelo EPD,

> *a tomada de decisão apoiada pode ser utilizada por qualquer pessoa maior que sinta a necessidade de apoio para o exercício de sua capacidade legal, tais como: idosos, drogaditos ou alcoólicos, pessoas que tenham dificuldade para locomoção, limitadas por sequelas de acidente vascular cerebral ou aquelas que estão nas fases iniciais da doença de Alzheimer, além daquelas que tem alguma deficiência física, psíquica ou intelectual.* (MENEZES, 2016, p. 46).

As pessoas nomeadas, denominadas apoiadores, deverão, necessariamente, ser da confiança da pessoa com deficiência e com ele manter vínculo, não necessariamente parentesco.

Aqui vale trazer à baila a crítica de Anderson Schereiber, quanto à exigência da lei da nomeação de, pelo menos, 2 (duas) pessoas apoiadoras:

> Na mesma direção, é criticável a opção do legislador brasileiro pela indicação de "pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas" para o exercício da função de apoiador. Se a idéia era prevenir abusos da pessoa indicada, o fato de que formem um par contribui muito pouco para a prevenção, ao mesmo tempo em que dificulta sobremaneira a vida do apoiado, que não poderá contar com apenas uma pessoa de confiança, mas terá que ter, no mínimo, duas para se valer do novo instituto. Pior: a exigência promete repelir candidatos a apoiadores que, conquanto mantenham vínculo sólido com o apoiado, podem não se sentir confortáveis de exercer a função em conjunto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> com outra pessoa, com quem não terão necessariamente afinidade e relação de confiança. (SCHEIREBER, 2016, www.cartaforense.com.br).

Joyceane Bezerra de Menezes, fazendo um contraponto com o instituto da Tomada de Decisão Apoiada previsto no Código Civil Argentino – que permite o apoio por apenas 1 (uma) pessoa –, parece explicar a preferência do legislador brasileiro:

> Diversamente do que previu o Código Civil argentino que permite o apoio por apenas uma pessoa, o modelo brasileiro de TDA exige que se indique no mínimo, dois apoiadores. Em face de tal exigência, seria possível concluir que a pretensão do legislador teria sido a de instituir um apoio compartilhado. Porém, como não há proibição expressa, acredita-se possível que tais apoiadores ofereçam o suporte de modo conjunto fracionado ou conjunto compartilhado, à semelhança do que se permite na curatela, tudo nos termos estabelecidos no plano de apoio. O suporte conjunto compartilhado implicaria no exercício e na responsabilidade por todo o apoio igualmente atribuído a ambos os apoiadores, sem distinção de funções ou periodicidade. Já o suporte conjunto fracionado permitiria a que cada um fosse chamado a prestar seu apoio em áreas específicas, conforme suas próprias aptidões e habilidades, em relação às quais manteriam responsabilidade exclusiva. Justificada a solução mais adequada ao interesse do requerente, não se vê óbice à sua homologação. (MENEZES, 2016, p. 48).

2.2– Objeto da Tomada de Decisão Apoiada

O objeto da tomada de decisão apoiada consiste no apoio em decisões sobre atos da vida civil, tais como contratos, assunção de compromissos, questões de repercussão econômica ou patrimonial etc.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Joyceane Bezerra de Menezes, como a lei é omissa,

> (...) o apoio pode se estabelecer quanto às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais, nada impedindo que também incida sobre decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais. O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio. (MENEZES, 2016, p. 47).

Cumpre ressaltar que, nos casos de negócios jurídicos que possam trazer riscos ou prejuízos relevantes e, havendo divergência entre o apoiado e um dos apoiadores, nos termos do §6.º, do artigo 1.783-A do Código Civil, o Juiz deverá, ante de tomar qualquer decisão, ouvir o Ministério Público.

A questão da divergência entre a pessoa apoiada e os apoiadores será mais bem abordada em seguida, no ponto referente ao procedimento da TDA.

2.3 – Procedimento Judicial

Nos termos do §1º, do artigo 1.783-A do Código Civil, o portador de deficiência deverá apresentar em juízo um termo em que constarão os limites do apoio a ser oferecido pelos apoiadores, o prazo de vigência do acordo e o compromisso dos apoiadores em atender a vontade, direitos e interesses da pessoa que devem apoiar.

Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o Juiz, assistido por uma equipe multidisciplinar (formada por psicólogos, assistentes sociais, médicos e psiquiatras, por exemplo) e, após a oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão o apoio (§3º, artigo 1.783-A do Código Civil).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Especificamente quanto ao procedimento da Tomada de Decisão Apoiada, há quem critique a intervenção do Órgão Ministerial, ao argumento de que a pessoa apoiada é plenamente capaz, o que afastaria a exigência de oitiva do Ministério Público.

Nesse sentido são as palavras de Anderson Schereiber:

> A oitiva do Ministério Público, aliás, é uma exigência equivocada. Trata-se, aqui, de pessoa que, segundo o próprio Estatuto, é plenamente capaz, de modo que a intervenção do Parquet não encontra fundamento jurídico senão no próprio preconceito que o Estatuto pretendia extirpar: o de se tratar a pessoa com deficiência como alguém inapto a decidir sobre seus próprios rumos. O excessivo controle judicial que o Estatuto impõe ao processo de tomada de decisão apoiada tampouco se justifica, à luz da plena capacidade do beneficiário. (SCHEIREBER, 2016, www.cartaforense.com.br).

Contudo, como anteriormente mencionado, a participação do Ministério Público, além de expressamente prevista na legislação de regência, decorre da consolidação da dignidade da pessoa com deficiência, através do exercício pleno de sua cidadania, escopo maior do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Ademais, não se pode olvidar que a Tomada de Decisão Apoiada é uma medida de proteção ao instituto da capacidade civil, que se situa na esfera dos direitos individuais indisponíveis tutelados pelo Ministério Público.

Retomando o procedimento, é preciso salientar que o Magistrado deve, antes de homologar a indicação das pessoas que prestarão o apoio, averiguar se não há entre estas e o beneficiário, conflito de interesses, bem como se elas possuem condições morais para o exercício do encargo, já que sua atuação terá em conta os direitos e os interesses daquele.

Portanto, a princípio, trata-se de procedimento judicial simples, que se inicia com o recebimento do pedido, acompanhado da concordância dos apoiadores,

seguido de parecer da equipe multidisciplinar, oitiva do requerente e dos apoiadores e, por fim, parecer do Ministério Público, sendo, posteriormente, proferida a sentença.

Uma vez especificados os elementos caracterizadores, mister mencionar alguns comentários acerca dos efeitos da decisão tomada, bem como da responsabilidade daqueles que apoiam a pessoa com deficiência.

Pois bem, o §4º, do artigo 1.783-A do Código Civil dispõe que a decisão tomada pela pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

Na síntese de Arnaldo Rizzardo, *mesmo que apurado posteriormente algum grau de limitação da vontade, por doença física, mental e intelectual, ou sensorial, não se invalida o negócio, se tiver havido o apoio.* (RIZZARDO, 2015, www.genjuridico.com.br).

E mais, o §5º, do mesmo artigo faculta ao terceiro que realiza negócio com o apoiado solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, a função de cada um em relação ao apoiado. Não se trata de um requisito de validade do negócio, apenas uma segurança que o legislador concede para se evitar futuras indagações acerca da validade do negócio.

Nesse mesmo sentido, afirma Joyceane Bezerra de Menezes:

> Tendo conhecimento de que a pessoa está sob decisão apoiada, o contratante poderá solicitar que o(s) apoiador(es) venha(m) a assinar o contrato, fazendo constar no termo contratual a sua função em relação ao apoiado (art.1.783-A, § 5º). Mas essa exigência não condiciona a validade do ato/negócio firmado. É uma faculdade do contratante, caso saiba da existência da medida, pois a lei não determina que a sua homologação judicial seja seguida pelo respectivo registro no órgão de registro de pessoas naturais. (MENEZES, 2016, p. 49).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme já mencionado, os apoiadores precisam ser da confiança da pessoa apoiada, devendo o Juiz averiguar acerca de eventual conflito entre esta e aqueles.

Uma vez aceito o encargo, os apoiadores terão o dever de zelar pelos interesses da pessoa apoiada, nos limites do apoio, tanto que, se entenderem que o negócio jurídico possa trazer riscos ou prejuízo relevante para o apoiado, e com este divergirem, devem informar ao juiz para que este solucione a questão (§6º, artigo 1.793-A do Código Civil).

Porém, caso o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir com as obrigações assumidas, poderá o apoiado ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao Juiz para apuração e aplicação das devidas penalidades.

Nesse caso, ouvida a pessoa apoiada e o Órgão Ministerial, poderá o Juiz destituir o apoiador e nomear outra pessoa para prestar o apoio (§7º, Artigo 1.783-A do Código Civil).

Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, 2015, www.genjuridico.com.br) aponta que a destituição não se dá unicamente nos casos em que há condenação do apoiador nas hipóteses supramencionadas. Diz que outros fatores podem levar ao afastamento do apoiador, como nos casos de doença deste, incompatibilidade entre apoiado e apoiador, mudança de residência para local que dificulte a convivência quando necessário, além do pedido de exoneração previsto no §9º, do artigo 1.783-A, do Código Civil.

Por sua vez, a lei faculta ao apoiador o direito de pedir a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, porém, este desligamento, nos termos do §10, do artigo 1.783-A do Código Civil, está condicionado à manifestação do Magistrado, devendo, o apoiador prestar contas de sua administração ao juiz. Esta providência é exigida pelo §11, que estabelece que à tomada de decisão apoiada aplicam-se, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.4 – Tomada de Decisão Apoiada e Curatela

Conforme anteriormente mencionado, a Tomada de Decisão Apoiada surge como uma alternativa a um dos institutos de Direito de Família, a Curatela.

Ambas são, em princípio, procedimentos de jurisdição voluntária e visam proteger as pessoas portadoras de deficiência. Contudo, possuem algumas diferenças, que serão analisadas a seguir.

A Curatela está disciplinada no artigo 1.767 e seguintes do Código Civil de 2002 e, na síntese de Tartuce, *é instituto de direito assistencial, para a defesa dos interesses de maiores incapazes. (*TARTUCE, 2016, p. 1.455).

Em linhas gerais, trata-se de um encargo público atribuído a alguém (o curador) e supletivo da capacidade, diferenciando-se, especificamente nesse tocante, da Tomada de Decisão Apoiada.

A curatela, com a mudança no sistema da incapacidade do Código Civil, promovida pelo Estatuto da Pessoa com deficiência, passa a ser medida excepcional, a ser tomada somente em situações extremas .

É o que preconiza o §3º, do artigo 84 da Lei n.º 13.146/15, *verbis*

> Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.
>
> § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

E, nos termos do artigo 85 do mesmo diploma legal, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

O professor Maurício Requião, abordando a alteração do regime civil das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência diz:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Já a curatela, que se estabelece a partir do processo de interdição, visa determinar os limites da incapacidade do sujeito para a prática de certos atos, bem como constituir um curador que venha a representá-lo ou assisti-lo nos atos jurídicos que venha a praticar. E é justamente sobre a curatela e a interdição que se faz sentir grande reflexo na mudança do sistema das incapacidades no Código Civil.
>
> Isto porque a regra passa a ser a garantia do exercício da capacidade legal por parte do portador de transtorno mental, em igualdade de condições com os demais sujeitos (artigo 84, Estatuto da Pessoa com Deficiência). A curatela passa a ter o caráter de medida excepcional, extraordinária, a ser adotada somente quando e na medida em que for necessária. Tanto assim que restaram revogados os incisos I, II e IV, do artigo 1.767, do Código Civil, em que se afirmava que os portadores de transtorno mental estariam sujeitos à curatela. Não mais estão; podem estar, e entender o grau de tal mudança é crucial. (REQUIÃO, 2015, www.conjur.com.br).

A mudança provocada pela Lei Brasileira de Inclusão restringiu a interdição para as pessoas com deficiência ou doença mental grave, desprovidas totalmente de discernimento, por exemplo, aquela pessoa que se encontra no estado vegetativo, sem condições de exprimir qualquer vontade.

Por sua vez, a Tomada de Decisão Apoiada, conforme já mencionado, é um novo modelo alternativo ao da curatela.

Para Nelson Rosenvald, a Tomada de Decisão Apoiada surge como um novo modelo protetivo de pessoas em situação de vulnerabilidade, em caráter concorrente com os institutos da tutela e da curatela.

Nas palavras do Professor Rosenvald:

> Tutela e curatela são instituições protetivas da pessoa e dos bens dos que detêm limitada capacidade de agir - seja pela idade ou pela submissão a prévio processo de interdição -, evitando os riscos que essa carência possa impor aos exercícios das situações jurídicas por parte de indivíduos juridicamente vulneráveis. Contudo, por mais que o legislador paulatinamente procure reformá-las – de forma a adequá-las ao modelo personalista do direito civil constitucional -, pela própria estrutura, tutela e curatela são medidas prioritariamente funcionalizadas ao campo estritamente patrimonial. Em contrapartida, a Tomada de Decisão Apoiada é um modelo jurídico que se aparta dos institutos protetivos clássicos na estrutura e na função. Ela é contemplada pelo art. 116 da Lei n. 13.146/15 para ingressar no Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que passa a vigorar acrescido do Capítulo III (após o estudo da tutela e curatela). O novo art. 1.783-A veicula a sua essência: "A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (ROSENVALD, 2015, www.cartaforense.com.br).

Acrescenta o professor:

> Na Tomada de Decisão Apoiada o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> vida civil. Pensemos em uma pessoa com mais de 18 anos ou emancipada (pois para os menores o sistema dispõe da autoridade parental e tutela), que em razão de uma dificuldade qualquer ou um déficit funcional (físico, sensorial ou psíquico), permanente ou temporário, sinta-se impedida de gerir os seus próprios interesses e até mesmo de se conduzir pelo cotidiano da vida. Ela necessita de auxílio e, para tanto, o Direito Civil lhe defere a tomada de decisão apoiada. Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio interdito, a Tomada de Decisão Apoiada objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais. (ROSENVALD, 2015, www.cartaforense.com.br).

Dessa forma, pode-se concluir que o legislador pretendeu privilegiar a autonomia da pessoa portadora de deficiência, o que nem sempre ocorria na curatela, já que, como falado, em algumas situações da curatela certas atitudes poderiam ser tomadas à revelia e, até mesmo contra os interesses do portador de deficiência.

Contudo, Waldir Macieira da Costa Filho (COSTA FILHO, 2016, p. 377) chama a atenção para o fato de que a Lei Brasileira de Inclusão, ao retirar do art. 3º do Código Civil qualquer hipótese de uma pessoa maior de idade ser considerada como absolutamente incapaz, criou um impasse jurídico em relação àquelas pessoas que efetivamente não podem exprimir sua vontade, e que necessitam, portanto, do processo de interdição, inclusive resguardando-as da prescrição e da decadência, e tornando nulo qualquer ato que seja simulado em seu nome sem o consentimento do curador ou do juiz do feito.

Por fim, registre-se que em meio a tantas controvérsias sobre a alteração no regime de incapacidade civil, promovida pela Lei n.º 13.146/15, há um Projeto de Lei no Senado – PLS n.º 757/2015 (atualmente com a Relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), que altera o Código Civil, a citada Lei e o Código de Processo Civil para não vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessite para os atos da vida civil.

3. CONSIDERAÇÕES

A presente pesquisa se propôs a analisar a Tomada de Decisão Apoiada, nova modalidade de proteção da pessoa com deficiência, prevista no artigo 1.783-A do Código Civil, introduzido pelo artigo 116 da Lei n.º 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Em um primeiro momento analisou-se o contexto social, constitucional e legislativo em que inserida a inovação no regime de capacidade previsto no Código Civil de 2002, bem como sua inspiração em outros regimes jurídicos, notadamente o italiano.

Fruto de uma política de inclusão social demonstrou-se que a Tomada de Decisão Apoiada reforça a autonomia do portador de deficiência, buscando estimular sua capacidade de agir, pois privilegia seu poder de escolha das pessoas que lhe auxiliarão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Posteriormente passou-se ao exame da regulamentação legal do novo instrumento, com o estudo pormenorizado de seus elementos e requisitos caracterizadores.

Buscou-se especificar como se constitui e desenvolve o processo judicial da Tomada de Decisão Apoiada, os sujeitos envolvidos, o objeto do pedido e os efeitos da decisão tomada.

Por fim, procurou-se demonstrar algumas das diferenças entre a Tomada de Decisão Apoiada e a Curatela, bem como os reflexos daquela no campo dos negócios jurídicos em geral.

Em suma, o que se propôs foi fazer uma análise do contexto histórico/social e da regulamentação legal dessa nova modalidade de proteção e promoção da pessoa com deficiência, a Tomada de Decisão Apoiada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022**. Informação e documentação - Artigo em publicação periódica científica impressa - Apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**. Informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2013.

BALESTRA, Luigi. **Commentario del Codice Civile - Della famiglia - artt. 343- 455**. UTET Giuridica. Turim. 2011.

BARTOLINI, Francesco. **Il nuovo codice civile e le leggi complementari**. 18ª ed. La Tribuna. Piacenza, 2005.

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

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da

União, Brasília, 26 ago 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>;

BRASIL. **Lei n° 3.071**, de 1º /01/1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro – RJ, 05 jan 1916. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>;

BRASIL**. Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>;

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, 07 jul 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>;

DE FILIPPIS, Bruno. **Tutela e Amministrazione di Sostegno**. CEDAM, Milão. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1, 13. ed. rev., ampl. e atual., Atlas. São Paulo, 2015;

_____. **Curso de direito civil: Famílias**, volume 6, 7. ed., Atlas. São Paulo, 2015;

ITÁLIA. **Legge n. 06/2004**. Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonchè relative norme di attuazione, di coordinamento e finali. Gazzetta Ufficiale n. 14, 19/01/2004. Disponível em: <www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2004-01-09;6!vig=>.

ITÁLIA. **Regio Decreto n. 262**. Approvazione del testo del Codice Civile. Gazzetta Ufficiale n. 79, 04/04/1942. Disponível em: <www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>;

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de Decisão Apoiada**: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 9 – Jul /Set 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil, 12ª ed., Forense. Rio de Janeiro, 2005;

_____. **Instituições de Direito Civil**. Volume 5. Direito de família, 12ª ed., Forense. Rio de Janeiro, 2005;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Ampliação da capacidade Civil**. 2015. Disponível em: < http://www.rodrigodacunha.adv.br/ampliacao-da-capacidade-civil/>.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regume civil das incapacidades**. Consultor Jurídico - conjur.com.br. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades#author>.

RIZZARDO, Arnaldo. **Os deficientes e a tomada de decisão apoiada**. www.genjuridico.com.br. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada/>.

ROSENVALD, Nelson**. A tomada da decisão apoiada**. Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956>.

SCHREIBER, Anderson. **Tomada de Decisão Apoiada**: o que é e qual sua utilidade?. Carta Forense. 03/06/2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>;

STOLZE, Pablo. **É o fim da interdição**?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46409>.

STOLZE, Pablo. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral, 14. ed., rev., atual e ampl. Saraiva. São Paulo, 2012;

_____. **Novo curso de direito civil**, volume 6: parte geral, 14. ed., rev., atual e ampl. Saraiva. São Paulo, 2012;

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>.

_____. **Manual de direito civil**: volume único, 6. ed. rev., atual. e ampl. - MÉTODO. São Paulo, 2016.

[1] Artigo 1 do Decreto 6.949/2009: O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

[2] "A administração de suporte se apresenta, de tal forma, como uma ferramenta ordinária para a proteção de todas as pessoas vulneráveis, porém capazes de se autodeterminarem mas com dificuldades no que diz respeito à gestão dos possíveis problemas da vida cotidiana. Antes da reforma, estes indivíduos acabavam por tutelar-se, de forma tecnicamente inadequada, no regime de "interdição", ou de "incapacitação", manifestamente desproporcionais às reais necessidades de tutela, ou não recebem qualquer proteção legal". (Tradução nossa). DE FILIPPIS, Bruno. Tutela e Amministrazione di Sostegno. CEDAM, Milão. 2012. Pág. 128.

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO PREVIDENCIÁRIO: OS CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO E SUSPENSÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ.

SAYONARA MAGALHÃES NUNES, o autor: Pós-graduada em Direito Previdenciário e Regimes Especais pela Universidade Cândido Mendes, graduada em Turismo pelo Centro Universitário Newton Paiva, Oficial do Ministério do Estado de Mina Gerais.

RESUMO: Considera-se que cada vez mais as questões previdenciárias são avaliadas como sendo vasta e complicada, que abre margem para ampla discussão, sobretudo em questões trabalhistas no que se refere á aposentadoria. O objetivo principal deste artigo é identificar os critérios estabelecidos pela previdência social para concessão e suspensão do benefício de aposentadoria por invalidez. Destaca-se que aposentadoria por invalidez incide em um benefício de caráter previdenciário devido ao segurado que for avaliado completamente incapaz e insusceptível de recuperação para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta a sua subsistência. O presente artigo se apresenta com procedimento bibliográfico com abordagem por meio de artigos, livros e revistas, acrescidos de informações colhidas em trabalhos já produzidos sobre o tema. O texto será fundamentado na opinião de diferentes autores sendo assim menciona-se: Dias, 2007; Vianna (2010); Mello, 2007; Martins (2009); Tavares (2008); Oliveira (2006) e outros. Constatou-se que é de extrema importância os empregadores compreenderem que o empregado afastado por Auxilio Doença poderá ser alterar em Aposentadoria por Invalidez. Conclui-se que ao oposto do que muitos acreditam é preciso estar ciente que o benefício da Aposentadoria por Invalidez não tem caráter definitivo, pois, se o beneficiário voltar depois de certo tempo devido ao tratamento que realiza consegue recuperar a capacidade laborativa, seu benefício será cancelado e o trabalhador carecerá reassumir sua vaga na empresa que estava empregado.

Palavras Chave: Aposentadoria por Invalidez. Empregado. Previdência Social.

Sumário: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 3. Conclusão – 4. Referências.

1 - Introdução

Este artigo apresenta como tema, direito previdenciário: os critérios para concessão e suspensão da aposentadoria por invalidez, sobretudo destacar que á aposentadoria por invalidez incide em um benefício de caráter previdenciário devido ao segurado que for avaliado completamente incapaz e insusceptível de recuperação para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta a sua subsistência.

Nesta seara surge uma questão a ser respondida:

Quais são os critérios estabelecidos pela previdência social para concessão e suspensão do benefício de aposentadoria por invalidez?

Considera-se que cada vez mais o assunto previdenciário é avaliado como sendo vasto e complicado, que abre margem para ampla discussão, sobretudo em questões trabalhistas. A história da previdência social se confunde com a história da regulamentação das leis de trabalho, sobretudo quando se fala na aposentadoria que para objeto deste artigo será abordado sobre o beneficio por invalidez que é a única forma de aposentadoria que não é definitiva, caso em que se o segurado vier a recuperar a capacidade laboral o benefício cessará. Deste modo se faz relevante para este tema deixar claro quais são os critérios estabelecidos pela previdência social para concessão e suspensão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Alguns autores tratam sobre o assunto em questão e como exemplo destaca-se Tavares (2008) que em suas pesquisas deixa claro que á aposentadoria por invalidez simplesmente é devida ao segurado quando este for estimado incapaz para a prática laborativa que garantia o sustento próprio ou familiar, estando ou não em gozo do benefício do auxílio-doença, e que não seja suscetível de reabilitação laboral.

Neste contexto o objetivo principal deste artigo é identificar os critérios estabelecidos pela previdência social para concessão e suspensão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O presente artigo se apresenta com procedimento bibliográfico com abordagem por meio de artigos, livros e revistas, acrescidos de informações colhidas em trabalhos já produzidos sobre o tema.

O texto será fundamentado na opinião de diferentes autores sendo assim menciona-se: Dias, 2007; Vianna (2010); Mello, 2007; Martins (2009); Tavares (2008); Oliveira (2006) e outros.

2 - Desenvolvimento

Destaca-se que a aposentadoria por invalidez é o benefício previdenciário do Regime Geral de Previdência Social a ser pago ao segurado que for comprovada sua inabilidade para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Estará sujeito da constatação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança. Outro ponto importante é que o valor da renda mensal é equivalente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, apurado conforme regra constituída pelo inciso II do art. 29 da lei 8.213/91 não podendo ser inferior ao salário mínimo. (DIAS, 2007)

Uma questão a ser mencionada e de grande relevância é que antes de ser dado o benefício de aposentadoria por invalidez, concede-se primeiramente o benefício do auxílio-doença, que por sua vez também é característico de incapacidade temporária e, depois de algumas pericias sendo verificada futuramente a permanência da condição, daí sim o benefício de auxílio-doença passa a se transformar em aposentadoria por invalidez. Neste contexto faz-se importante as informações de Sette (2007, p.217), pois em seus escritos o autor destaca elementos imprescindíveis o cumprimento de quatro requisitos para a referida concessão:

> a) manutenção de qualidade de segurado: caso o segurado perca a qualidade de segurado não fará jus a qualquer benefício previdenciário por ter sido extinta a relação jurídica havida com a Previdência Social. A verificação da manutenção da qualidade de segurado deverá ser realizada quando da

> data do início da incapacidade fixada por exame médico pericial, em homenagem à regra do direito adquirido; b) o cumprimento da carência exigida: 12 contribuições mensais, se for o caso; c) incapacidade total, ou seja, para o exercício de qualquer trabalho. (Se o segurado for considerado incapaz somente para o trabalho que exercia ou sua função habitual, mas apto para desempenhar outras funções ou atividades, não fará jus ao percebimento da aposentadoria por invalidez, mas talvez do auxílio-doença; e d) improvável reabilitação para o trabalho, ou seja, a incapacidade deve ser definitiva.

A aposentadoria por invalidez é a única forma de aposentadoria que não é constante, caso em que se o segurado vier a recuperar a capacidade laboral o benefício cessará. Daí a assertiva do disposto no caput do art. 475 da Consolidação das Leis do Trabalho: "*O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis da Previdência Social para efetivação do benefício*".(OLIVEIRA, 2006) Nesse contexto, segundo a previdência social a aposentadoria por invalidez não elimina o contrato de trabalho, apenas havendo a sua suspensão.

Conforme os Anuários Estatísticos da Previdência Social – AEPS – o benefício de aposentadoria por invalidez pode ser qualificado em acidentário ou previdenciário. A fundamental diferença dentre aposentadoria por invalidez previdenciária e acidentária é que esta última provém de um acidente de trabalho sucedido durante o exercício do trabalho a serviço da empresa, ou durante o percurso entre a residência e o local de trabalho. Também o direito à aposentadoria por invalidez acidentária independe do número de contribuições realizadas junto ao RGPS pelo segurado acidentado. Por sua vez, o benefício de aposentadoria por invalidez previdenciária apenas será concedida ao segurado inválido para o trabalho que cumpriu o período de carência mínimo estabelecido em lei. (AEPS, 2005)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A respeito de o contrato de trabalho, uma ocasião concedido o benefício de Aposentadoria por Invalidez, este será automaticamente suspenso, de acordo com o disposto no artigo 475 da Consolidação das Leis do Trabalho. Essa suspensão deverá continuar durante todo o período de afastamento, uma vez que esse benefício previdenciário, ainda que exija para sua concessão a comprovação de uma incapacidade total e definitiva, pode vir a ser cancelado ou suspenso pela Previdência Social a qualquer momento, não se revestindo em benefício definitivo. Sendo, portanto, no entendimento de Vianna (2010, p.13): "*não haverá a prestação dos trabalhos, em face da incapacidade existente; e não haverá, por força do art. 475 da CLT, qualquer obrigação legal por parte do empregador*".

Ao oposto do que acontece com aquele aposentado por idade ou tempo de serviço, o aposentado por invalidez, tem afastamento das atividades em modo compulsório, não podendo continuar nem retornar às atividades laborais. Ao avesso do que muitos imaginam o aposentado por invalidez, se empregado, mantém-se ligado ao emprego, sem qualquer limite temporal. Almeja-se dizer com isto que a aposentadoria por invalidez no Regime Geral da Previdência Social é conservada enquanto o segurado estar incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. (IBRAHIM, 2007)

Torna-se importante destacar que em razão do empregado se encontrar aposentado por invalidez. É imprescindível que sigam o que vem exposto no artigo 475 da CLT, in verbis:

> Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.
>
> § 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497. (Redação dada pela Lei nº 4.824, de 5.11.1965)
>
> § 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato. (CASTRO, 2007)

Torna-se importante destacar que vastamente é debatido no campo da doutrina e igualmente na esfera judicial se a suspensão deve imperar indeterminadamente ou se é possível a resilição contratual posterior aos cinco anos de vigência da aposentadoria. Sendo assim percebe-se que conforme disposto no artigo 475 da CLT, o contrato de trabalho carecerá fazer durante o prazo fixado pela previdência social para a concretização do benefício, prazo este não estipulado pela legislação previdenciária.

Torna-se de grande importância destacar que de certo modo a redação do artigo 475 da CLT, que é fundamentada em legislação previdenciária anterior, igualmente colabora para a confusão quanto à existência de limite temporal para a manutenção da aposentadoria por invalidez. Chega advertir que o texto do mencionado dispositivo leva a crer, por desatualização, que o empregado aposentado por invalidez teria suspenso o seu contrato de emprego durante o prazo fixado pelas leis de Previdência Social para a efetivação do benefício. (MELLO, 2007)

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da súmula 160, compreende que a aposentadoria por invalidez, ainda concedida por período superior a 5 anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado ao empregador indenizá-lo na forma da lei.

A suposição de retorno à atividade do trabalhador jubilado por invalidez não é rejeitada pela legislação previdenciária, uma ocasião que o trabalhador

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aposentado por invalidez tem que passar por perícia médica de dois em dois anos, se não, o benefício é suspenso. A aposentadoria deixa de ser paga quando o segurado readquire a capacidade e volta ao trabalho. (HORVATH JÚNIOR, 2006) Nessa acepção é a Súmula 160 do TST, verbis:

> Aposentadoria por invalidez. Cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei. Ex-prejulgado nº 37. (RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982)

Portanto entende-se que para a aposentadoria por invalidez incide em um benefício de caráter previdenciário concedido ao segurado que for avaliado completamente incapaz e insusceptível de recuperação para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta a sua subsistência.

Observa-se que a aposentadoria por invalidez não gera a rescisão do contrato de trabalho. O contrato de trabalho do segurado empregado prosseguirá presente enquanto persistir a aposentadoria, apenas suspendendo-o. É preciso arrogar à empresa o seu papel social na sociedade para garantir ao empregado e à sua família segurança, bem-estar e felicidade. Em seu sempre brilhante pensamento, Simm (2009, p. 10) destaca que:

> A empresa não pode mais ser vista apenas como um empreendimento voltado ao lucro do empresário ou do acionista, mas, sim, dotada de uma função social relevante como elemento de geração e de circulação de riquezas e de criação de empregos, além de promover o desenvolvimento social e econômico da região onde opera.

Vale frisar que quando se fala na hipótese de conseguir conversão da aposentadoria por invalidez em aposentadoria definitiva depois de cinco anos é o efeito da cristalização de um padrão constante de norma legal não mais vigente. As leis previdenciárias ora aplicáveis calculam não mais do que efeitos desiguais para

as hipóteses de recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez antes e depois de cinco anos de afastamento. Nota-se o art. 47 da Lei 8.213/91:

> Art. 47. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, será observado o seguinte procedimento:
>
> I - quando a recuperação ocorrer dentro de 5 (cinco) anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará:
>
> a) de imediato, para o segurado empregado que tiver direito a retornar à função que desempenhava na empresa quando se aposentou, na forma da legislação trabalhista, valendo como documento, para tal fim, o certificado de capacidade fornecido pela Previdência Social; ou
>
> b) após tantos meses quantos forem os anos de duração do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, para os demais segurados;
>
> II - quando a recuperação for parcial, ou ocorrer após o período do inciso I, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade:
>
> a) no seu valor integral, durante 6 (seis) meses contados da data em que for verificada a recuperação da capacidade;
>
> b) com redução de 50% (cinqüenta por cento), no período seguinte de 6 (seis) meses;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> c) com redução de 75% (setenta e cinco por cento), também por igual período de 6 (seis) meses, ao término do qual cessará definitivamente. (MARTINS, 2007)

Trata-se, deste modo, de um benefício provisório, que será pago enquanto continuar a incapacidade permanente do aposentado para o labor. Como bem enfatiza Martins (2009, p. 330): "*não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez*". Deste modo Martins (2009, p. 330) ainda em seu entendimento ressalta que:

> A aposentadoria por invalidez, de modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais suscetível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.

No entendimento de Ibrahim (2009, p. 526),

> A princípio, é de se estranhar a previsão de recuperação (total ou parcial) de capacidade laborativa do aposentado por invalidez. Entretanto, como a medicina evoluiu a cada dia, com novos medicamentos e tratamentos mais eficazes, é possível que o segurado, hoje inválido, venha a recuperar alguma capacidade laborativa em futuro próximo. Daí a reversibilidade deste benefício, o que justifica a manutenção das perícias periódicas e tratamento obrigatório mesmo após a aposentação.

Uma questão a ser destacada é que o direito previdenciário brasileiro ordena, para a manutenção do benefício por incapacidade, exames médicos-periciais periódicos, para a comprovação da permanência da incapacidade do segurado, por isso, não seria consentâneo com os exigidos de proteção ao trabalhador, estipular prazo, no presente caso, para a extinção do contrato de trabalho, por isso que, caso o trabalhador readquira sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

capacidade após o decurso de cinco anos de afastamento, na visão de Sussekind (2003, p. 735) acima exposto, o empregador não teria obrigação de readmiti-lo e, pior, não poderia ser compelido a pagar qualquer indenização.

A elucidação para a reversibilidade da aposentadoria compulsória por invalidez é bem coerente: tendo o restabelecimento da capacidade laborativa do trabalhador aposentado, não existe mais motivo para a manutenção da inatividade remunerada. Deste modo, a aposentadoria por invalidez acaba sendo uma modalidade de aposentadoria compulsória analisada reversível e, por conseguinte, não apresenta caráter definitivo, ao contrário do que advém com a aposentadoria compulsória em razão da idade. (MORAES, 2005)

A aposentadoria por invalidez cessa quando a perícia médica do INSS conclui pela recuperação da capacidade laborativa do segurado ou quando esse retorna voluntariamente ao trabalho. O aposentado por invalidez que não se submeter aos exames médicos-periciais bienalmente igualmente terá o seu benefício cancelado. Outros motivos para a cessação desse benefício são: a morte do aposentado, a transformação em outro benefício observada o cumprimento das exigências mínimas imperativas na data de início do benefício a ser transformado, e a verificação de fraude ou erro administrativo. (MARTINEZ, 1998)

Deste modo torna-se imprescindível que não fique duvidas nenhuma sobre a incapacidade para o trabalho, que essa incapacidade seja, em princípio, irreversível e que não tenha a probabilidade de exercício de outro trabalho, segundo o § 1º do art. 43 da Lei 8.213/91, incapacidade total e definitiva. Caso não exista a possibilidade de reabilitação para outra atividade capaz de garantir a subsistência do segurado, o benefício a ser concedido será outro, o auxílio-doença. Entretanto, estando em gozo desse benefício, ao comparecer para a perícia revisional e os médicos peritos verificarem que aquela incapacidade antes passível de reversão tornou-se irreversível e que não há mais a probabilidade de reabilitação do segurado para outra atividade, deverão fazer constar essas situações no laudo para que a autoridade administrativa, de ofício, converta o auxílio-doença em aposentadoria por invalidez. (VIANNA, 2010)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destarte, o trabalhador aposentado por invalidez prossegue com seu contrato de trabalho vigente e todas as suas cláusulas aplicáveis (ou pelo menos a maior parte delas). Do mesmo modo está assegurada a incidência das regras de proteção ao trabalhador estabelecido pela CLT em meio as quais está a consignada no art. 468 do Texto Consolidado, que coíbe a alteração unilateral do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, quando tal alteração ocasionar prejuízos diretos ou indiretos ao empregado. (CASSAR, 2007)

3 - Conclusão

Constatou-se que é de extrema importância os empregadores compreenderem que o empregado afastado por Auxilio Doença poderá ser alterar em Aposentadoria por Invalidez, e que este Contrato de Trabalho fica suspenso enquanto persistir a Aposentadoria por Invalidez e que poderá retornar ao seu cargo original.

Observou-se que caso o trabalhador readquira a capacidade para o trabalho, mesmo após os cinco anos de afastamento, terá direito a retornar às suas atividades na empresa, tendo, entretanto, o empregador alternativa de rescindir o contrato de trabalho, pagando indenização correspondente.

Verificou-se que o Aposentado por Invalidez por regras da previdência social acaba sendo obrigado, a qualquer tempo a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional, prescrito e custeado pela previdência social, sob pena de suspensão do benefício.

Conclui-se que ao oposto do que muitos acreditam é preciso estar ciente que o benefício da Aposentadoria por Invalidez não tem caráter definitivo, pois, se o beneficiário voltar depois de certo tempo devido ao tratamento que realiza consegue recuperar a capacidade laborativa, seu benefício será cancelado e o trabalhador carecerá reassumir sua vaga na empresa que estava empregado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4 - REFERÊNCIAS

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: AEPS 2005. Brasília, MPS/INSS/DATAPREV, v. 14, 2007. 187p.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 8.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

DIAS, Eduardo Rocha Dias. MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2007.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Previdência Social**. São Paulo: LTr: 1998

MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Aposentadoria e extinção do contrato de trabalho.** LTr, São Paulo, ano 71, p.15 - 26.jan. 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. rer. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

OLIVEIRA, Lamartino França. **Direito Previdenciário**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito previdenciário avançado**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SIMM, Zeno. **Acosso Psíquico no Ambiente de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.a ed. São Paulo: LTr, 2003. 735 p., v. 1

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 10 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **A relação de emprego e os impactos decorrentes dos benefícios previdenciários**, 2ª ed, São Paulo: Ed. LTr, 2010, p.13

VIANNA, José Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A INSEGURANÇA JURÍDICA DO TRABALHADOR RURAL COM AS HORAS "IN ITINERE".

Felipe Rebelo, o autor: advogado de Direito do Trabalho do escritório Baraldi Mélega Advogados

É de conhecimento geral que a Lei nº. 13.467/2017, popularmente conhecida como "Reforma Trabalhista", trouxe modificações substanciais às relações de trabalho, tendo a geração de emprego e a propulsão econômica do país como escopo principal.

Mesmo após um ano e sete meses de sua vigência, a reforma ainda gera dúvidas sobre as disposições acrescidas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), criando, por consequência, uma verdadeira zona nebulosa e cheia de insegurança jurídica sobre determinados assuntos.

Dentre outros pontos, a lei alterou a redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, ao declarar que o tempo despendido pelo empregado, desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho, não deve ser computado na jornada de trabalho por não ser tempo à disposição do empregador. Trata-se das chamadas horas *in itinere*.

Anteriormente, o tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pela empresa até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, era computável na jornada de trabalho do empregado.

Não obstante à nova roupagem dada pela reforma, que inexoravelmente retirou das horas de trajeto o caráter de "tempo à disposição" do empregador, consequentemente excluindo-as do cômputo da carga horária do empregado, recente julgado proferido pela 10ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região acrescentou um novo capítulo nas discussões advindas da Reforma Trabalhista.

Em sessão realizada no último dia 02 de julho, nos autos da reclamação trabalhista de nº. 0010055-26.2019.5.15.0123, em decisão unânime, a 10ª Câmara decidiu que as alterações lançadas, especificamente no parágrafo segundo do art. 58 da CLT, não atingiram o trabalhador rural, mas tão somente os urbanos. Desse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

modo, as horas *in itinere* continuam sendo devidas aos empregados rurais. O fundamento utilizado é de que eles possuem regramento legal próprio, estabelecido na Lei n.º 5.889, de 8 de junho de 1973, regulamentada pelo Decreto n.º 73.626, de 12 de fevereiro de 1974.

Ainda de acordo com a 10ª Câmara, esse diploma legal, em seu artigo 4º, indica os dispositivos da CLT que se aplicam às relações de trabalho rural, dentre os quais não se encontra inserido o artigo 58, da CLT.

A Câmara acrescentou ainda que o citado artigo 4º, do Decreto n.º 73.626/1974, contempla expressamente, dentre as disposições aplicáveis ao trabalhador rural, o artigo 4º, da CLT. O artigo 4º da CLT, por sua vez, estabelece que "considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada".

Portanto, sob essa ótica, em que pese a alteração da redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, que visivelmente pôs fim ao cômputo das horas *in itinere* na jornada de trabalho dos empregados, estas não foram relegadas aos trabalhadores rurais, que continuam fazendo jus ao seu recebimento, agora com substrato do artigo 4º da CLT.

Causa inquietação o fundamento utilizado para deferir aos trabalhadores rurais o pagamento das horas de trajeto, isso porque, mesmo antes da vigência da Reforma Trabalhista, não havia discussão acerca da aplicabilidade do artigo 58 da CLT também aos trabalhadores rurais. Nada era discutido quanto à sua extensão aos empregados rurais. Tanto é verdade que, nos julgamentos pretéritos à vigência da lei, inclusive no próprio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, invariavelmente o fundamento adotado para conceder aos trabalhadores rurais as horas de trajeto, era o próprio parágrafo segundo do artigo 58 da CLT, associado ainda à Súmula nº. 90 do Tribunal Superior do Trabalho.

A construção do entendimento da 10ª Câmara do TRT da 15ª Região surge justamente quando o legislador, de forma expressa e indiscutível, excluiu da jornada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de trabalho as horas de trajeto, frise-se, sem fazer qualquer tipo de distinção entre trabalhadores urbanos ou rurais.

Caso houvesse interesse na preservação do pagamento das horas *in itinere* tão somente aos trabalhadores rurais, é evidente que tal ressalva estaria expressamente consignada no bojo do parágrafo 2º do artigo 58, o que não é o caso.

Em verdade, pensando no propósito do artigo 4º da CLT, percebe-se que o tempo à disposição a que se refere o legislador diz respeito aos atos preparatórios para o início da prestação de serviços propriamente dita, como o tempo que o empregado despende para se locomover dentro da fábrica até chegar ao seu setor de trabalho, ou o tempo que leva para trocar todo o seu uniforme. Não diz respeito às horas de trajeto.

A discussão desencadeada pelo entendimento da 10ª Câmara do TRT-15 é mais uma amostra das consequências decorrentes do ativismo judicial em excesso, quando, através de interpretações questionáveis, são criadas dúvidas decorrentes de obscuridades e omissões da própria legislação.

Fato é que a discussão certamente está longe de ter um ponto final e o que se espera é um posicionamento claro e firme do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, sobretudo, para que se preserve a segurança jurídica mesmo após quase dois anos de Reforma Trabalhista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 922 de 07/09/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454