

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 978

(Ano XII)

(03/10/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

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.

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

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

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O diferencial de alíquota do ICMS e as empresas no regime do Simples Nacional

Daniel Alcântara Nastro Cerveira, 05.

ARTIGOS

O estupro da menina de dez anos e a tipificação: uma visão crítica ao posicionamento de Cezar R. Bitencourt

Eduardo Luiz Santos Cabette e Ruchester Marreiros Barbosa, 07.

Inexigibilidade de Licitar por Serviço Técnico no Âmbito das Estatais

Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo, 29.

Gratuidade por mera declaração junto ao Cartório de Registro Civil de pessoas naturais

Leonardo Toscano de Brito, 48.

Lei 11.340/2006: violência doméstica e familiar contra a mulher

Maurizio da Silva Dutra, 63.

Da possibilidade de extensão do acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei nº 8213/91 nas aposentadorias concedidas pelo INSS em modalidade diversa da invalidez

Brena Jacinto Tosta, 87.

Fraude nas Universidades Públicas: a efetividade da política de cotas raciais para o acesso de estudantes negros.

Luis Alberto Marques Pinheiro, 102.

Com o advento da Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019) em vigor, qual o verdadeiro prazo de conclusão do inquérito policial com investigado preso?

Joaquim Leitão Júnior e Marcel Gomes de Oliveira, 121.

A Reforma Trabalhista e a concessão do benefício da justiça gratuita como garantia de acesso à Justiça.

Yonaria Alves Patricio, 127.

Possibilidade de Concessão de Reajuste não Previsto em Edital ou em Cláusulas dos Contratos Administrativos de Execução de Obra ou Reforma

Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo, 155.

Violência contra o menor

Cristiane Martins Araujo, 171.

A depeçage dos contratos internacionais nas empresas privadas brasileiras

Thainá Perrenoud Godoi, 190.

A estabilidade do servidor público e sua avaliação de desempenho à luz do princípio da eficiência.

Maria de Lourdes Ferreira Chaves, 230.

O reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva na família moderna

Lucimara Andreia Moreira Raddatz, 242.

A possibilidade do afastamento da obrigação alimentar do filho ante o abandono familiar na infância.

Michael Douglas Estevam Pereira, 263.

Precificação de Contratos de Fábrica de Software Por Pontos de Função e Não Por Esforço

Francisco Canindé da Silva Leite e Geveson de Souza Oliveira, 289.

Direito digital brasileiro e a implantação da LGPD na Administração Pública Federal

Geveson de Souza Oliveira e Francisco Canindé da Silva Leite, 289.

A continuidade da relação socioafetiva após quebra do vínculo conjugal

Lucimara Andreia Moreira Raddatz, 307.

A arbitragem no direito brasileiro

Carolina Zandonai, 326.

O desrespeito da mulher como sujeito de direito na política amazonense

Rafaella Lopes Feitoza, 339.

O conceito de “prestação de serviço” para fins de incidência do ISS na jurisprudência do STF

Vitor Paiva Fiorindo, 360.

Tributo verde: a extrafiscalidade do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU de preservação ambiental no município de Manaus

Pedro Alcântara Barboza de Souza, 378.

Dano moral a indústria do mero aborrecimento

Aline Rocha Martins, 396.

A usucapião especial familiar por abandono do lar e suas nuances

George Feitoza Ribeiro, 412.

A responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet

Najla de Faria Santiago, 427.

O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS E AS EMPRESAS NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL

DANIEL ALCÂNTARA NASTRI CERVEIRA:

advogado, sócio do escritório Cerveira Advogados Associados; autor do livro "Shopping Centers - Limites na liberdade de contratar"; professor dos cursos MBA em Varejo e Gestão de Franquias da FIA – Fundação de Instituto de Administração, de Pós-Graduação em Direito Imobiliário do Instituto de Direito da PUC/RJ, de Pós-Graduação em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; integrante da Comissão Jurídica da ABF - Associação Brasileira de Franchising; consultor jurídico do Sindilojas-SP e; Pós-Graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo e em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

O diferencial de alíquota (DIFAL) é o resultado positivo da subtração da alíquota interestadual pela interna, que obriga o contribuinte (Simples Nacional) nas operações com outros Estados recolher tal diferença na entrada do produto na unidade federativa, destinatária para fins de comercialização (art. 115, XV-A, "a", do RICMS/2000).

Podemos citar, como exemplo, uma determinada operação comercial entre Estados, a alíquota interestadual corresponde ao montante de 12% e a interna a 18%. Desta forma, a empresa compradora teria que recolher na entrada do produto a diferença de 6%.

Ocorre que, as empresas aderentes ao regime Simples Nacional têm que recolher referido diferencial sem que possam compensá-lo, diferentemente das pessoas jurídicas tributadas com base nos demais regimes, que têm este direito assegurado.

Não há previsão de futura compensação, em contrariedade ao princípio da não-cumulatividade e, reforçado pelo desatendimento ao Direito Constitucional a tratamento tributário favorecido às micro e pequenas empresas.

Em vista disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) está julgando a questão no Recurso Extraordinário nº 970.821. Trata-se de uma repercussão geral, ou seja, a decisão final afetará todos os processos que tratam deste assunto, no qual já foram proferidos quatro votos a favor dos contribuintes, restando apenas dois para formar a maioria e desonerar as empresas optantes pelo Simples Nacional.

Desta forma, as empresas, cujo regime tributário é o Simples Nacional, poderão pleitear na Justiça o não pagamento do DIFAL, bem como pedir a restituição do que pagaram indevidamente a este título nos últimos 5 anos.

O ESTUPRO DA MENINA DE DEZ ANOS E A TIPIIFICAÇÃO: UMA VISÃO CRÍTICA AO POSICIONAMENTO DE CEZAR R. BITENCOURT

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

RUCHESTER MARREIROS BARBOSA[1]

(Coautor)

1-INTRODUÇÃO

Ganhou enorme repercussão na mídia o caso bárbaro de uma menina de 10 anos que era, segundo consta, estuprada reiteradamente pelo tio de 33 anos desde os 6 anos de idade. A criança acabou engravidando aos 10 anos e foi submetida, com sua concordância e dos seus representantes legais, a um aborto “sentimental, humanitário ou ético”, como denomina a doutrina, conforme previsto no artigo 129, inciso II, CP. [2]

Recentemente o conhecido jurista da área criminal, Cezar Roberto Bitencourt, divulgou dois vídeos pela rede social instagram, comentando sobre a tipificação correta da conduta do infrator, segundo seu entendimento. [3]

Neste trabalho pretendemos analisar a orientação de Bitencourt, formulando, com o mais absoluto respeito, nossas ponderações críticas. Este breve estudo se fará com sustento na doutrina e tendo um viés estritamente técnico, apartado de paixões de qualquer espécie. Será objeto de perquirição tão somente a questão da correta tipificação da conduta do infrator de acordo com a dogmática jurídica – penal, a legislação correlata e a principiologia que orienta o Direito Penal hodierno. Não se formulará qualquer juízo de valor acerca da opção pela prática do aborto pela vítima e seus familiares, tema este que já ocupou bastante espaço nas controvérsias sob os mais variados aspectos (social, religioso, ético, emocional, médico, jurídico etc.).

Ao final, serão expostos resumidamente os argumentos desenvolvidos na elaboração do trabalho e proceder-se-á a um encerramento conclusivo.

2-O POSICIONAMENTO DE CEZAR ROBERTO BITENCOURT E SEUS ARGUMENTOS

Conforme poderá o leitor conferir, acessando os links dos vídeos gravados e divulgados por Bitencourt na rede social instagram, o autor se manifesta, alegando que o infrator deveria responder pelo crime de “Estupro de Vulnerável” qualificado pelo resultado lesões corporais de natureza grave (artigo 217 – A, § 3º., CP) em concurso material com o crime de “Aborto Provocado por Terceiro sem o consentimento da gestante (artigo 125, CP).

Em seu primeiro vídeo, Bitencourt, afirma a existência do crime de “Estupro de Vulnerável” e da qualificadora por lesão grave. As lesões graves vislumbradas pelo autor são as seguintes: a) incapacitação da vítima para suas atividades por mais de 30 dias; e b) Perigo de Vida (inteligência do artigo 129, § 2º., I e II, CP). A incapacitação, bem como o perigo de vida, se configuram devido à submissão da vítima, naquilo que se poderia chamar de “vitimização secundária”, na modalidade de “heterovitimização” [4], ao procedimento do aborto. Tendo em vista, portanto, esses resultados, os quais, na visão de Bitencourt, derivaram da conduta do infrator, haveria a qualificação do crime de “Estupro de Vulnerável”.

Em seguida, formula Bitencourt a tese de que o autor do crime deveria responder também em concurso material pelo crime de aborto previsto no artigo 125, CP, já que tal fato teria decorrido do estupro e da gravidez indesejada que levou ao procedimento abortivo.

Num segundo vídeo, o mesmo autor, diante de algumas manifestações críticas à suas teses, procura complementar sua fundamentação, mediante recurso à questão da possibilidade da prática do crime de aborto por omissão (crime comissivo por omissão). Afirma Bitencourt, que o autor do estupro assumiria a condição de garante no momento em que causou a situação de perigo que levou ao aborto, uma vez que poderia ter prevenido a gravidez mediante o uso de preservativo. Sua omissão no uso desse método contraceptivo seria causadora da gravidez e fundamentaria sua condição de garante, emergindo daí seu dever jurídico de ação, nos termos do artigo 13, § 2º., “c”, CP.

3-A QUESTÃO DA QUALIFICADORA DO “ESTUPRO DE VULNERÁVEL” E DA RESPONSABILIDADE PELO CRIME DE ABORTO

Em primeiro plano é preciso deixar claro que não há a menor dúvida de que Bitencourt está absolutamente correto em defender a tipificação, em tese, da conduta do investigado como “Estupro de Vulnerável”. Todos os elementos desse tipo penal, previsto no artigo 217 – A, CP estão, indubitavelmente, preenchidos. Houve a prática de atos libidinosos, inclusive conjunção carnal, com a menor de

apenas 10 anos, portanto, menor de 14 anos, conforme exige a lei, sendo de destacar que denominamos essa elementar de circunstância vulnerável biológica[5]. Nem mesmo importa indagar se houve violência, grave ameaça ou constrangimento de qualquer espécie, eis que o tipo penal é simplesmente proibitivo dessa modalidade de relação sexual entre um adulto e uma criança, a qual é incriminada por si mesma (a conduta).

A antiga discussão acerca da “presunção de violência” está superada:

Com a criação do crime de Estupro de Vulnerável pretendeu o legislador contornar toda essa polêmica, simplesmente erigindo à condição de ilícito penal a conduta em si de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais sem discernimento ou com pessoa que por qualquer outra causa não pode ofertar resistência. A partir de agora não há que se falar em alguma presunção nem mesmo em eventual equiparação, mas simplesmente na existência de uma proibição legal com sanção penal para quem pratique essas espécies de conduta. [6]

Esse entendimento é corroborado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 593, vazada nos seguintes termos:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Por fim, o legislador para sepultar de vez a *vexata quaestio*, elaborou projeto de lei que deu origem à norma penal explicativa prevista no 217-A, §5º, introduzido pela Lei 13.718/18, *in verbis*:

“As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.”

Portanto, inviável discordar da conclusão de Bitencourt quanto à tipificação do crime de “Estupro de Vulnerável” no caso enfocado.

Entretanto, quando aponta para a presença de qualificadoras relacionadas às lesões graves pela incapacitação por mais de 30 dias e pelo perigo de vida, decorrentes da prática abortiva a que foi a criança submetida, a situação já não é tão nítida.

Não restou bem esclarecido se a intervenção abortiva se deu também como “necessária ou terapêutica”, nos moldes do artigo 128, I, CP. Sabe-se que a gravidez em tenra idade pode ser arriscada para a gestante, mas não se tem como, a princípio, determinar que será necessariamente ou ao menos muito provavelmente fatal. Tanto é fato que as estatísticas demonstram que a mortalidade de meninas abaixo dos 14 anos em casos de gravidez é bastante baixa. Infelizmente o caso em destaque não é único nem mesmo raro. O Ministério da Saúde indica que há pelo menos 20 mil casos de menores de 15 anos que engravidam anualmente no Brasil. O índice de mortalidade é baixo, considerando que para cada 100.000 casos ocorrem somente 66 óbitos maternos (0,066%) e nem sequer há a indicação exata sobre a etiologia dessas mortes, podendo ser, ou certamente sendo fato que algumas não decorrem especificamente da questão etária. [7]

Na verdade, as notícias acerca da prática abortiva levada a efeito versam mais direta e corretamente sobre a questão da gravidez oriunda de estupro, de acordo com o artigo 128, II, CP.

Se fosse realmente comprovado que o aborto foi realizado para “salvar a vida da gestante” no caso em estudo, seria viável considerar as qualificadoras apontadas por Bitencourt, eis que no aborto “necessário ou terapêutico” se prescinde do consentimento da gestante ou de seus representantes legais, havendo, portanto, causalidade direta entre a conduta daquele que engravidou a pessoa do sexo feminino e a prática abortiva. O aborto, como já sugere claramente o “nomen juris” empregado na lei, é “necessário”, não contingente ou eletivo.

Mas, no caso concreto não parece que havia uma “necessidade” clínica da prática abortiva para salvamento da vida da gestante. Certamente seria uma chamada “gravidez de risco”, mas o risco para a saúde da gestante não serve como fundamento para configurar o aborto necessário ou terapêutico. É bem verdade que o risco para a vida da gestante não precisa ser atual nem mesmo iminente, mas é imprescindível o prognóstico de morte. A mera possibilidade de lesão à saúde não é suficiente para autorizar o aborto terapêutico.

Na lição de Damásio, “o aborto necessário só é permitido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim, subsiste o delito quando provocado a fim de preservar a saúde”. [8]

É o próprio Cezar Roberto Bitencourt que apregoa no mesmo sentido:

O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. **Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar.** (grifo nosso). [9]

E no caso concreto em estudo, se a gravidez era de risco, também arriscado é o procedimento do aborto, inclusive sob o ponto de vista psíquico. A alegação de que existe o chamado “aborto seguro” (sic) é uma gigantesca falácia que serve de sustento para uma narrativa pseudoprotetora dos direitos da mulher. Na literatura especializada, Frantz deixa claro que “as evidências científicas apontam que a realização do procedimento do aborto expõe a mulher a riscos para a sua saúde, tanto nos locais onde é legalizado como naqueles onde não é”. [10]

Enfim, tudo indica que não é possível sustentar a qualificação do “Estupro de Vulnerável” na ocorrência de um suposto aborto necessário (artigo 128, I, CP). Resta saber se Bitencourt teria fundamento para indicar a qualificação do crime, em se tratando, como se trata, ao que tudo indica, de aborto “sentimental, humanitário ou ético”, ou seja, decorrente da gravidez resultante de estupro, nos estritos termos do artigo 128, II, CP.

Diversamente do aborto “necessário”, o aborto “sentimental” somente pode ser realizado com o consentimento da gestante, ou em sendo ela incapaz, de seus representantes legais (inteligência do artigo 128, II, CP). No caso concreto em estudo, a gestante era incapaz, pois menor de 10 anos. A decisão cabia a seus representantes legais. Ao que se sabe pelos noticiários, essa decisão foi tomada por tais pessoas e, ao que consta, também era da vontade da menor. É preciso notar que o aborto “sentimental” somente ocorre mediante deliberação de quem de direito e essa pessoa não é, obviamente, o estuprador. Significa dizer que o aborto “sentimental” é um procedimento eletivo, opcional e não impositivo ou “necessário”.

Dessa forma, embora o autor do crime tenha praticado o estupro e gerado a gravidez da vítima, daí não segue naturalmente a ocorrência do aborto, de maneira que se possa justificar uma relação de causalidade. Esse vínculo causal é rompido na exata proporção em que o aborto é fruto de uma decisão livre de terceiros e não do estuprador ou imposta por lei ou circunstâncias médicas. Esse aborto poderia não ter ocorrido acaso a gestante e seus representantes legais deliberassem por levar a termo a gravidez. É da decisão da vítima e/ou de seus representantes legais que deriva a ocorrência do aborto, sendo visível um desvio do encadeamento causal.

Assim sendo, se a incapacitação por mais de 30 dias e o perigo de vida decorreram do procedimento do aborto “sentimental”, isso não pode ser imputado validamente ao autor do estupro, por mais que isso nos pareça frustrante quanto ao rigor pretendido na punição do agente.

É bem verdade que sem o estupro não haveria gravidez e sem esta o aborto. Entretanto, a interrupção donexo causal se dá quando se constata que o aborto não era “necessário”, mas resultado de uma *escolha*, a qual nunca coube ao infrator. Defender tese avessa a isso é advogar que o artigo 13, CP tenha o poder incontido de ensejar um nefasto “regressus ad infinitum”. É pensar que a chamada “Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais” (“*conditio sine qua non*”), possa ser aplicada em sua literalidade, atingindo pessoas que estejam, de qualquer modo, na cadeia causal de um evento, independentemente da presença de liame subjetivo com o resultado enfocado.

Infelizmente, a opção da gestante e seus representantes legais pela prática do aborto “sentimental”, a que não estavam obrigados, foi o que efetivamente ensejou a intervenção médica com todos os seus danos (incapacitação por mais de 30 dias) e riscos (perigo de vida). A interposição da vontade da gestante e de seus familiares entre a conduta do estupro e o aborto e suas consequências provoca uma fissura visível e inegável no nexode causalidade, a qual impede a responsabilização do infrator pelas qualificadoras. Ocorre que a prática do aborto depende exclusivamente da deliberação da gestante e seus familiares, podendo-se afirmar que essa deliberação, por si só, ocasionou o evento do aborto. Nessa situação, nos termos do artigo 13, § 1º., CP, “**o legislador afasta a imputação** (...), impedindo que o agente responda pelo evento subsequente, somente sendo possível atribuir-lhe o resultado que diretamente produziu” (grifo no original). [11] Por isso, “*data venia*”, incorre em equívoco Bitencourt, quando em seu vídeo faz alusão à causação do resultado pelo infrator, “ainda que indiretamente”. [12]

Ademais, a situação em destaque é muito similar a exemplos que a doutrina oferta para os casos que se costuma denominar de “soluções aberrantes” para a “teoria da *conditio sine qua non*”, visando evitar exatamente o efeito do “ciclo causal interminável” ou “regressus ad infinitum”. Vejamos alguns desses exemplos de chamados “cursos causais extraordinários”:

São exemplos: a imputação da morte decorrente do incêndio no hospital ao agente que atropelou a vítima culposamente, fazendo com que ela fosse internada no nosocômio; a atribuição da morte de um parapléxico durante desabamento em um estabelecimento fechado a quem deu causa à sua

condição de deficiente físico em anterior acidente, caso se constate que o falecido teria sobrevivido se não tivesse reduzida sua mobilidade. [13]

Para além da questão da fratura da relação de causalidade mais que nítida, há que levar em conta que esses resultados derivados de um aborto eletivo (realizado por decisão ou escolha da gestante e seus familiares) não podem ser imputados ao infrator, a não ser por meio do recurso espúrio à “responsabilidade objetiva”, a qual há tempos foi excluída da concepção de responsabilidade penal, que é necessariamente *subjetiva* (inteligência do artigo 19, CP). Não se admite há muito tempo a responsabilização de alguém por algum resultado com base no chamado “*versari in re ilícita*”. No Direito Penal da atualidade não é viável responsabilizar alguém por ato deliberado de outrem. No caso, a escolha pela prática do aborto competiu à própria vítima e seus familiares, não havendo conduta e nem elemento subjetivo do autor do estupro nessa tomada de decisão.

Gomes, Bianchini e Molina são enfáticos ao asseverar ser inviável o castigo de alguém por ato de outrem, salvo se houver obrigação legal de controle, vigilância, monitoramento ou supervisão em relação a tal pessoa. [14] E no caso focado, o infrator não tem nenhuma influência na deliberação pela prática do aborto ou não. Isso é incumbência da gestante e seus representantes legais, nos estritos termos do artigo 128, II, CP, de modo que é impossível vislumbrar um liame subjetivo entre o infrator e a ocorrência do aborto. Conseqüentemente, os danos e perigos derivados da prática abortiva também não podem ser imputados ao estuprador, afastando “*in casu*” a configuração da qualificadora do § 3º., do artigo 217 –A, CP.

No mesmo diapasão, seja por falta de relação de causalidade, seja porque se configuraria “responsabilidade penal objetiva” (“*versari in re ilícita*”) é absolutamente inviável responsabilizar o estuprador pelo crime de aborto previsto no artigo 125, CP, conforme defendido por Bitencourt. O aborto deriva da decisão da gestante e seus representantes legais. Ele não é “necessário” e sim eletivo ou contingente. Assim sendo, inexistente liame subjetivo entre a conduta do infrator e a prática abortiva levada a termo.

No caso da pretensa responsabilização por crime de aborto, nos termos do artigo 125, CP, também é impossível a imputação por outra razão relevante. A conduta do estuprador, com relação ao crime de aborto seria atípica. Não há possibilidade alguma de subsumir sua conduta às descrições típicas dos crimes de aborto previstos no Código Penal Brasileiro.

O "auto – aborto" e o "aborto consentido", previstos no artigo 124, CP, são crimes próprios da gestante, de modo que jamais poderiam ser imputados ao acusado. O aborto que ocorreu foi praticado por terceiros *com* o consentimento da gestante e de seus representantes legais. Acaso houvesse um crime, seria aquele previsto no artigo 126, CP. Não houve devido à aplicação do disposto no artigo 128, II, CP, excluindo a ilicitude. Ora, quem praticou aborto com o consentimento da gestante foi a equipe médica respectiva e não o acusado. Dessa forma, também inviável sua responsabilização por esse crime. Finalmente, não houve em momento algum aborto *sem* o consentimento da gestante. Esse fato simplesmente jamais ocorreu, não podendo ser imputado não somente ao acusado praticante de estupro, mas a absolutamente ninguém, nem mesmo que, por algum motivo, se afastasse a excludente prevista no artigo 128, II, CP. Não houve, em momento algum, aborto *sem* o consentimento da gestante, mas apenas um aborto *com* o consentimento da vítima e de seus representantes legais. A pretensão de Bitencourt de imputar ao acusado a prática do crime previsto no artigo 125, CP é totalmente inviável porque sua conduta é desbragadamente atípica com relação a esse dispositivo. A imputação pretendida violaria frontal e escandalosamente o "Princípio da Legalidade".

Com o mais absoluto respeito, é ainda preciso atentar para o fato de que quando o acusado abusou sexualmente da sobrinha esta sequer estava grávida. Isso é óbvio, pois que quem a engravidou teria sido o próprio infrator. Dessa forma não é possível pretender sequer que o aborto sem o consentimento da gestante tivesse derivado do ato de estupro. Isso porque no momento do estupro a vítima, por obviedade, não estava grávida. Trata-se de absoluta impropriedade do objeto[15] de forma a configurar-se crime impossível nos estritos termos do artigo 17, CP. É o próprio Bitencourt que, a exemplo de toda a doutrina, ensina que "há *crime impossível* quando manobras abortivas são praticadas "em mulher que não está grávida". [16]

É evidente que em seu vídeo Bitencourt não pretende dizer que o aborto foi ocasionado na oportunidade do estupro. Entretanto, para que a prática do aborto pudesse ser, de qualquer forma, imputada ao acusado, seria imprescindível que houvesse liame subjetivo, conduta objetiva e relação de causalidade entre o ato do estupro e a prática do aborto sem o consentimento da gestante. Não há nada disso. Como visto, sequer há a ocorrência de um aborto sem o consentimento da gestante.

Em verdade, a questão sequer resiste a uma análise mais detida do dolo. Este elemento subjetivo do tipo se constitui da finalidade principal e direta do agente, dos meios escolhidos para se realizar o fim pretendido e os efeitos colaterais típicos necessários ou possíveis.

Isso significa dizer que o denominado dolo penalmente relevante é o atual[17] ou concomitante, ou seja, a consciência e a vontade do agente no exato momento que realiza a conduta típica, momento da execução do verbo do tipo, conseqüentemente, visando atingir um bem jurídico penalmente tutelado.

Assim sendo, no crime de aborto, que possui como elemento constitutivo da tipicidade, independente da modalidade, a conduta “provocar aborto”, consistindo no extermínio da vida intrauterina, o que pressupõe, logicamente uma vítima grávida. Faz-se necessário estar configurada na consciência e vontade, a antevisão do agente de que, ao empregar o meio escolhido da conjunção carnal para o estupro, a vítima estava grávida, isso no momento da execução do abuso. Somente assim é possível transmutar esse comportamento na causa direta do resultado morte da vida intrauterina, bem jurídico protegido, o que não seria possível ocorrer pelas razões já expostas.

Admitir o dolo de aborto no momento do estupro seria aceitar como relevante o mero desejo, que em outras palavras seria o dolo anterior, que nada mais é do que a fase de cogitação, impunível no Direito Penal.

O próprio Bitencourt nos alerta que o simples desejo distingue-se da vontade:

O dolo eventual não se confunde com a mera esperança ou simples desejo de que determinado resultado ocorra, como no exemplo trazido por Welzel, do sujeito que manda seu desafeto a um bosque, durante uma tempestade, na esperança de que seja atingido por um raio. [18]

No plano da vontade, também assevera o referido autor:

A vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal, pois tudo o que estiver fora da possibilidade de influência concreta do agente pode ser desejado ou esperado, mas não significa querer realizá-lo. [19]

O trágico aborto provocado pelo médico, mas com consentimento dos representantes legais da gestante, tem como elemento causal a decisão sobre o abortamento, que poderia ocorrer ou não, o que por si só representa um rompimento com a necessária influência concreta do agente para o aborto, rompendo-se, desta forma, com o nexos causal entre este e o crime de estupro.

Nosso ordenamento admite uma exceção ao dolo anterior como relevante, ou seja, que seja praticado no futuro, conseqüentemente, um resultado ulterior. Ocorre quando o agente se embriaga voluntariamente e de forma preordenada, para a prática do ilícito penal, fazendo incidir a teoria da *actio libera in causa*.^[20]

Nesse caso, o agente no momento da prática da conduta, está transitoriamente desprovido de voluntariedade atual, em razão da embriaguez. Contudo, considera-se o dolo no momento da ingestão da bebida alcoólica, que foi voluntária, portanto, livre na causação da conduta posterior, restando sua punição com agravamento previsto no artigo 61, II, "1", do Código Penal.

Essa teoria não se aplica ao caso da forma que ele ocorreu, porquanto o agente na "actio libera in causa" precisa ter previsão do resultado aborto (e não da gravidez), o querer ou assumir o risco, frisamos, do aborto e não da gravidez, que por si só é exaurimento do crime de estupro. O exaurimento é passível de ser punido como causa de aumento, conforme art. 234-A, III do CP, técnica comum adotada pelo legislador, conforme também encontramos a título de exemplo, no crime de corrupção passiva, à luz do art. 317, §1º do CP, também com causa de aumento de pena.

Ainda que não tenha previsto o resultado aborto, mas esse resultado aborto (não gravidez) fosse previsível, ou seja, que se a vítima engravidasse ocorreria um aborto, por deliberação dos seus responsáveis legais, a punição seria a título de culpa e não de dolo eventual, o que também não ensejaria tipicidade porque não há o tipo penal de aborto na modalidade culposa. Seria, em verdade, o caso do preterdolo (dolo no antecedente, culpa no consequente) que configuraria a qualificadora do estupro pelo aborto enquanto lesão corporal gravíssima, conforme será melhor exposto neste texto no seguimento e, jamais, o crime de aborto em concurso material.

Finalmente, com relação à questão do aborto há outro equívoco, "data maxima venia", de Bitencourt.

Sua tentativa de fundamentar o concurso material entre "Estupro de Vulnerável" e "Aborto sem o consentimento da gestante" é absolutamente inviável diante do ordenamento jurídico brasileiro. Explica-se:

No crime de "Estupro de Vulnerável" existe a qualificadora prevista no artigo 217 – A, § 3º., CP, referente ao resultado "lesões graves". É exatamente a esta qualificadora que faz menção Bitencourt ao pretender sua ligação com o perigo e vida e a incapacitação da menor devido à prática do aborto "sentimental". Já vimos que essa ligação é inviável.

No entanto, é a previsão dessa mesma qualificadora das lesões graves no “Estupro de Vulnerável” que impede o intento de Bitencourt de punir o infrator em concurso material por “Estupro de Vulnerável” e “Aborto sem o consentimento da gestante”. Isso porque, como visto, a presença de “lesões graves” com relação de causalidade com o estupro, conduz à qualificadora em destaque. Frise-se que quando a lei se refere a “lesões graves”, a expressão é ampla, abrangendo as “lesões graves” e também as “lesões gravíssimas”. Sabe-se que o único “nomen juris” existente no Código Penal é o de “lesões graves”, sendo a expressão “lesões gravíssimas” forjada e aceita pela doutrina, salvo as recentes alterações do Código Penal, que passaram a adotar essas classificações terminológicas (art. 122, §§1º e 6º do CP). Não obstante, quando o legislador se refere a “lesões graves”, está claramente se reportando também às “gravíssimas”, até por uma questão de proporcionalidade e razoabilidade.

Ora, uma das lesões graves (na verdade gravíssima) prevista em lei, mais precisamente no artigo 129, § 2º, V, CP, é exatamente o “aborto”. Observe-se, portanto, que se de um “Estupro de Vulnerável” resulta “aborto” o crime é qualificado nos termos do § 3º, do artigo 217 – A, CP. Isso com certeza afasta a possibilidade de concurso material ou mesmo formal de crimes com o aborto, conforme proposto por Bitencourt. Esse suposto concurso configuraria dupla punição pelo mesmo fato, o conhecido “bis in idem”, que jamais pode ocorrer. Então, se realmente da conduta do estuprador tivesse decorrido aborto, a tipificação seria a da qualificadora do § 3º, do próprio artigo 217 –A, CP e nunca o concurso de crime entre “Estupro de Vulnerável” e “Aborto”.

Acontece que nem mesmo a qualificadora é reconhecível no caso concreto. Isso porque, como já visto, a vítima não estava grávida e não podia abortar em razão de eventual violência do ato sexual e isso é imprescindível para configurar a qualificadora em questão. O aborto ocorre somente posteriormente, quando a vítima é engravidada pelo próprio violador e decide, com seus representantes legais, autorizar um aborto praticado por médico.

Ninguém menos do que o próprio Cezar Roberto Bitencourt é quem ensina que as lesões graves ou gravíssimas que qualificam o “Estupro de Vulnerável” devem decorrer da violência aplicada no ato. Isso nos conduz à conclusão de que a vítima dessas lesões graves, quando consistentes em aborto, deve estar grávida no momento do abuso e abortar em razão deste. Vejamos “in verbis” o que nos ensina Bitencourt:

Neste tópico, examinaremos as qualificadoras que *resultam da violência* na execução do crime, propriamente. Nessas

qualificadoras (que só podem decorrer da violência empregada, embora o legislador tenha preferido a locução “da conduta”), *o maior desvalor do resultado* (lesão grave ou morte da vítima) é real e não presumido. O *desvalor da ação* já está valorado no preceito primário do *caput* do artigo *sub examen*. [21]

E esse ensinamento de Bitencourt que inviabiliza sua própria tese advogada em seu vídeo nas redes sociais, não destoa da melhor doutrina, o que reforça que sua mais atual manifestação sobre o caso focado não encontra sustento. Senão vejamos o que nos diz a respeito Greco:

Por lesão corporal de natureza grave devemos entender aquelas previstas pelos §§ 1º. e 2º. do art. 129 do Código Penal.

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, diz, claramente, que a lesão corporal de natureza grave, ou mesmo a morte da vítima, devem ter sido produzidas em consequência da conduta do agente, vale dizer, **do comportamento que era dirigido finalisticamente no sentido de praticar o estupro** (grifo nosso). [22]

Compreende-se claramente que as lesões graves ou gravíssimas de incapacitação, perigo de vida ou mesmo do aborto, devem decorrer da violência usada como meio para o estupro e não de fatores posteriores dependentes da atuação volitiva da própria vítima ou de terceiros.

Ademais, tanto a incapacitação da vítima para suas atividades por mais de 30 dias quanto o perigo de vida se sujeitam a uma análise médico-legal, pois são consideradas vestígios do crime, por força do novo art. 158 do CPP, cujo conceito foi complementado pela inclusão do art. 158-A, §3º, introduzido pela Lei 13.964/19, *ipsis literis*.

“§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.”

A concepção de objeto no dispositivo supra é aquele relacionado à infração penal que deixa vestígios (art. 158, do CPP), consequentemente o objeto jurídico do crime, no caso em estudo, o corpo da vítima.

Por essa razão, as circunstâncias que qualificam a lesão corporal se sujeitam a exame pericial, o que não nos permite afirmar suas existências antes da análise de um médico legista.

Com respeito à incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias, por se tratar de uma criança as consequências são distintas dos adultos, contudo em geral a gestante que se sujeita a um procedimento cirúrgico dessa natureza, retoma as atividades habituais em menos de 30 dias. Entretanto, essa conclusão é de ordem médico-legal, portanto somente pode ser avaliada por meio de exame pericial, em especial, no caso concreto, mediante exame complementar conforme apregoa o art. 168, §2º do CPP:

“§ 2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.”

Em se tratando da circunstância perigo de vida, na realidade perigo de morte, que por sua vez não se confunde com risco de morte, um procedimento cirúrgico pode sujeitar o paciente a um risco de morte, mas o perigo é uma constatação aferível em seu aspecto clínico e médico-legal. Frise-se, é este que importa para o direito penal e o processo penal.

Não nos deixa mentir a doutrina de Delton Croce[23]:

O perigo de vida é uma situação atual, ou surgida no curso de processo patológico, conseqüente à ofensa, em que, pelo estado do ofendido, há o perigo de morte, se não for socorrido adequadamente em tempo hábil. O perigo de vida pode apresentar-se no momento da lesão ou depois de horas ou dias, em qualquer fase da evolução clínica, antes dos 30 dias.

No mesmo sentido Wilson Luiz Palermo Ferreira[24]:

“O diagnóstico de perigo de vida precisa ser concreto, real, existente, comprovado através de documentos médicos especializados.”

O perigo de vida deve ser relacionado ao comportamento do agente e por essa razão, além da necessária seriedade deve ser atual e que sujeite a vítima a uma quase morte. A sujeição de alguém a um procedimento cirúrgico, por si só, não pode ser considerado perigo de vida, que geralmente se caracteriza pela inoperância de uma função vital recuperada após necessária intervenção médica, como ocorre em uma parada cardíaca, estado de coma, parada cerebral etc.

De qualquer forma, ainda que o aborto pudesse ser imputado à conduta do abusador, não seria jamais o caso de concurso de crimes, mas sim o de reconhecimento de uma qualificadora, nos termos do artigo 217 – A, § 3º., CP, com

as ressalvas processuais penais e médico-legais referidas, cabíveis também às qualificadoras da incapacitação e do perigo de vida.

Destaque-se, por oportuno, que não se pretende aqui, no que tange às observações de natureza processual, atribuir a Bitencourt alguma precipitação na classificação das lesões graves sem o devido respaldo de materialidade. É evidente que o autor se manifestou em um vídeo rápido e fez suas afirmações embasado na experiência geral de casos similares, pressupondo certamente a futura presença da materialidade propiciada pelos devidos exames e laudos periciais. Vale ainda dizer que essas questões processuais são expostas somente a título de maior esclarecimento, vez que, na verdade, as qualificadoras não seriam reconhecíveis, independentemente da materialidade discutida devido aos outros problemas já expostos, tais como relação de causalidade, legalidade, crime impossível, responsabilidade penal subjetiva etc.

4-DA TENTATIVA DE REFORÇO DO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE POR ABORTO POR PARTE DE BITENCOURT COM O RECURSO À TEORIA DA RELEVÂNCIA DA OMISSÃO

Como já mencionado linhas volvidas, Bitencourt grava um segundo vídeo após algumas críticas formuladas ao seu posicionamento. Nesse vídeo procura justificar novamente o concurso material entre “Estupro de Vulnerável” e “Aborto sem o consentimento da gestante” com sustento na alegação de que o abusador seria um garante quanto ao aborto futuro e teria cometido tal crime na forma comissiva por omissão ou omissiva imprópria. [25]

Já foi visto que as teses de Bitencourt, salvo a tipificação do crime de “Estupro de Vulnerável”, não se sustentam diante de questões como relação de causalidade, tipicidade e legalidade, responsabilidade penal subjetiva e “bis in idem”.

Novamente, com todo o respeito merecido pelo autor, o manejo do argumento da conduta comissiva por omissão não serve para afastar os vícios anteriores, bem como também não se sustenta por sua própria fundamentação.

Alega o autor em discussão que o abusador, ao não utilizar preservativo e não prevenir a gravidez, causou um risco pelo qual se torna responsável por evitar os resultados daí decorrentes, quais sejam, a gravidez da vítima e eventual aborto “sentimental” (artigo 128, II c/c artigo 13, § 2º, “c”, CP). Em suma, o acusado teria o *dever jurídico* de evitar a gravidez e, conseqüentemente, o aborto futuro.

A tese pode parecer sedutora, mas é enganosa. Certamente induziu a erro involuntário o próprio Cezar Roberto Bitencourt.

Note-se que o intento de Bitencourt é o de imputar ao abusador o crime de aborto por omissão imprópria, vez que, segundo seu entendimento, ele ocasionou o risco com sua conduta e poderia ter evitado o resultado mediante o uso de preservativo. Mas, a verdade é que não estava nas mãos do infrator impedir o aborto. É claro que se não houvesse gravidez, o aborto seria impossível. Mas, ao fim e ao cabo, o aborto somente se processou por vontade ou escolha da vítima e de seus representantes legais. A prática ou não do aborto jamais esteve nas mãos do infrator e sim da vítima, de sua família e da equipe médica. É preciso lembrar que antes de perquirir sobre a condição de garante assumida pelo infrator é sempre imprescindível avaliar se efetivamente ele “podia agir para evitar o resultado”. A omissão somente será relevante se houver essa possibilidade de ação, o que, no caso concreto, se mostra inviável, já que a decisão pelo aborto “sentimental” ou não era da incumbência da vítima e de seus representantes legais por força de lei (artigo 128, II, CP). Como leciona Galvão:

O Código Penal brasileiro enfrentou de maneira expressa o tema dos crimes comissivos por omissão, estabelecendo, no § 2º. do art. 13, que a omissão é relevante quando o omitente tiver o *dever* e o *poder* de agir para evitar o resultado. Satisfeitas as exigências do *dever de agir* e do *poder de agir*, haverá o nexos de causalidade normativo entre a omissão e o resultado (grifos no original). [26]

Outrossim, a pretensão de Bitencourt de que caberia ao estuprador o dever de evitar a gravidez se choca com o fato de que para os crimes contra a dignidade sexual perpetrados contra mulheres já é prevista uma causa de aumento de pena, aplicável ao caso concreto em estudo, sempre que do abuso sexual resulte gravidez, nos termos do artigo 234 – A, III, CP (aumenta-se a pena de metade).

Nesse passo, pretender responsabilizar o implicado, mediante o artifício do recurso ao suposto crime comissivo por omissão, consistiria novamente em reprovável e inviável “bis in idem” ou responsabilização dupla pelo mesmo fato. Sua conduta de não evitar a fecundação já lhe ensejará um aumento considerável na pena (metade). Não é possível que venha a ser apenado novamente pelo mesmo fato, imputando-se-lhe um crime de aborto por suposta omissão imprópria. Isso sem contar nos demais e decisivos argumentos pelos quais o crime de aborto não pode jamais ser imputado ao envolvido, conforme já fartamente demonstrado neste trabalho.

5-ASPECTOS OLVIDADOS POR BITENCOURT EM SUA EXPOSIÇÃO A RESPEITO DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ACUSADO

Como visto logo acima, Bitencourt se esqueceu de imputar ao infrator o aumento de pena da ordem de metade no crime de “Estupro de Vulnerável” por ter provocado a gravidez da vítima, nos estritos e indubiosos termos do artigo 234 – A, III, CP.

Também deixou de lado outra causa de aumento de pena, prevista no artigo 226, II, CP, também da ordem de metade, tendo em vista ser o autor do ilícito “tio” da vítima.

A primeira causa de aumento pode ser comprovada nos autos pelos prontuários médicos da menor e pela própria realização do ato abortivo, afora a necessária prova pericial. A segunda causa de aumento, pela relação de parentesco, será comprovada facilmente por meio de documentos a serem juntados aos autos, “in casu” respeitando-se as restrições da lei civil em relação à prova sobre estado de pessoa, conforme art. 155, parágrafo único do CPP.

Também poderia ter abordado o autor a questão da possibilidade antevista por parte da doutrina e jurisprudência da ocorrência de concurso material ou concurso formal entre os vários abusos perpetrados pelo infrator ao longo do tempo contra a vítima. Outra opção seria o reconhecimento da figura da continuidade delitiva. Para todas essas hipóteses haveria ou o cúmulo material de penas por vários “Estupros de Vulnerável” perpetrados há anos contra a vítima ou ao menos um incremento penal. É verdade que tem predominado a tese de que seria de se considerar em geral a ocorrência de crime único, inobstante os variados atos abusivos, sendo essa a posição já adotada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal (v.g. STJ, AgReg HC 252144 SP; HC 167517/SP e HC 105533/PR). [27]

Não obstante ser essa posição dominante nas cortes superiores, a discussão doutrinária poderia ser interessante no caso concreto, eis que a prática reiterada de abusos pelo infrator nos parece remanescer senão impune, viciada por *insuficiência protetiva* dada a gravidade da situação específica, ferindo de morte o princípio da vedação ou proibição da proteção deficiente, decorrente do princípio da proporcionalidade[28], não sendo despicienda a discussão acerca até mesmo de possível cúmulo material. Mas, também essa questão foi deixada à margem pelo autor em destaque em seu vídeo nas redes sociais.

6-CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foi estudada a questão da devida tipificação da conduta do tio que abusava sexualmente da própria sobrinha, dos 6 aos 10 anos de idade, chegando a engravidá-la.

A análise se fez com base na discussão crítica respeitosa das sugestões elaboradas pelo jurista Cezar Roberto Bitencourt em dois vídeos gravados e divulgados na rede social instagram.

O entendimento advogado pelo autor em destaque foi submetido ao escrutínio teórico sob o ponto de vista exclusivamente técnico – jurídico, chegando-se à conclusão de que suas indicações, salvo a tipificação incontestada do crime de “Estupro de Vulnerável” (artigo 217 – A, CP), não encontram abrigo na melhor interpretação e aplicação lei, bem como na subsunção do caso às tipificações à disposição na legislação brasileira.

Há infrações, no raciocínio do autor em destaque, ao dolo, à relação de causalidade, tipicidade, legalidade, proibição de dupla imputação pelo mesmo fato (“bis in idem”) e responsabilidade penal subjetiva.

Noutra banda, verifica-se que Bitencourt olvida importantes temas como a presença de duas causas especiais de aumento de pena da ordem de metade, bem como a questão da discussão sobre possível concurso de crimes material ou formal, considerando os reiterados abusos perpetrados pelo tio da menor ao longo do tempo, o que, inclusive, feitas as contas, principalmente considerando o concurso material, levaria a apenação até mais gravosa do que aquela a que se chegaria pela sugestão formulada pelo ínclito jurista.

Não poderíamos nos furtar a indicar nosso entendimento a respeito da devida tipificação da conduta do infrator. A nosso ver seria o caso de responsabilização unicamente pelo crime de “Estupro de Vulnerável” com dois aumentos de pena da ordem de metade pela condição do autor de “tio” da vítima e pelo resultado gravidez. Além disso, seria defensável, embora haja, como exposto anteriormente, divergências a respeito, o reconhecimento do concurso material delitivo, tendo em vista o número de infrações praticadas e apuradas devidamente comprovadas nos autos (artigo 217 –A, “caput”, CP c/c artigo 226, III, CP e 234-A, III, CP, bem como artigo 69, CP).

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Cultura do Estupro. In: HOFFMAN, Henrique et al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.247 – 253, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. 2ª. Parte Estupro da Menina de dez anos. Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEcRRsiDT3M/?hl=pt-br>, acesso em 29.08.2020.

_____. *O Estupro da Menina de dez anos: estupro cumulado com crime de aborto*. Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEUHuzpjO-x/?hl=pt-br>, acesso em 28.08.2020.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Volume 4. 9^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes Contra a Dignidade Sexual: tópicos relevantes*. 2^a. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

CROCE, Delton, CROCE JR., Delton. *Manual de medicina legal*. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: parte geral*. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Medicina Legal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 17^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANTZ, Patrícia Junges. Agravos à saúde física e mental relacionados ao aborto. In: DEROSA, Marlon (org.). *Precisamos falar sobre aborto: mitos & verdades*. 3^a. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, p. 427 – 450, 2019.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Garcia – Pablos; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e conceitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12^a. ed. Niterói: Impetus, 2018.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 2. 35^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENINA de dez anos engravidada após ser estuprada no Espírito Santo. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/08/15/menina-de-dez-anos-engravidada-apos-ser-estuprada-no-espírito-santo.ghtml>, acesso em 29.08.2020.

OLIVEIRA, Tina. Mais de 20 mil meninas com menos de 15 anos engravidam todos os anos. Disponível em <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46294-mais->

[de-20-mil-meninas-com-menos-de-15-anos-engravidam-todos-os-anos](#), acesso em 29.08.2020.

OLIVÉ, Juan Ferré, PAZ, Miguel Nuñez, OLIVEIRA, William Terra de, BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*. Volume 4, n. 7, p. 160 – 209, 2006.

SUMARIVA, Paulo. *Criminologia*. 5ª. ed. Niterói: Impetus, 2018.

NOTAS:

[1] Delegado de Polícia no Estado do Rio de Janeiro, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro/RJ, Professor de Direito Penal do CERS (Complexo de Ensino Renato Saraiva) , Processo Penal da FAEPOL (Fundação de Apoio ao Ensino Policial), Professor de Direitos Humanos do Curso Forum e da Pós-graduação em Segurança Pública do CERS. Professor conteudista de Direito Penal da DELINEA Tecnologia Educacional, Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes-Rio de Janeiro/RJ, Graduado Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes/RJ, foi aluno especial do Mestrado em Criminologia e Processo Penal na Universidade Candido Mênides, foi aluno do Doutorado em Direitos Humanos pela Universidad Nacional Lomas de Zamora, Argentina, Coautor de diversas obras jurídicas publicadas por diversas editoras. Colunista da Revista Eletrônica Consultor Jurídico (Conjur). Colaborador da Rádio Justiça do Supremo Tribunal Federal. Prêmio: Melhores Delegados de Polícia: categoria Jurídica pelo portal www.delegados.com.br nos anos de 2017, 2018 e 2019.

[2] MENINA de dez anos engravidada após ser estuprada no Espírito Santo. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/08/15/menina-de-dez-anos-engravidada-apos-ser-estuprada-no-espírito-santo.ghtml>, acesso em 29.08.2020.

[3] BITENCOURT, Cezar Roberto. O Estupro da Menina de dez anos – Estupro cumulado com crime de aborto Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEUHuzpjO-x/?hl=pt-br>, acesso em 28.08.2020. E também: BITENCOURT, Cezar Roberto. 2ª. Parte Estupro da Menina de dez anos. Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEcRRsiDT3M/?hl=pt-br>, acesso em 29.08.2020.

[4] SUMARIVA, Paulo. *Criminologia*. 5ª. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 115. Esclarece o autor que “as vítimas também podem sofrer um processo emocional que se chama

revitimização, ou seja, tornar-se vítima novamente”. Uma das modalidades se dá pela chamada “heterovitimização”, que se refere à “relação com outras pessoas ou instituições”, as quais, ainda que com bons propósitos, acabam impondo novos sofrimentos ou mesmo lesões que se somarão à chamada “vitimização primária”, decorrente da prática criminosa.

[5] BARBOSA, Ruchester Marreiros. Cultura do Estupro. In: HOFFMAN, Henrique et al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 249 – 251.

[6] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes Contra a Dignidade Sexual – Tópicos Relevantes*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2020, p. 36 – 37.

[7] OLIVEIRA, Tina. Mais de 20 mil meninas com menos de 15 anos engravidam todos os anos. Disponível em <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46294-mais-de-20-mil-meninas-com-menos-de-15-anos-engravidam-todos-os-anos>, acesso em 29.08.2020.

[8] JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 2. 35ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 160.

[9] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 194.

[10] FRANTZ, Patrícia Junges. Agravos à saúde física e mental relacionados ao aborto. In: DEROSA, Marlon (org.). *Precisamos falar sobre aborto – Mitos & Verdades*. 3ª. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2019, p. 428.

[11] ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Parte Geral*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 327.

[12] BITENCOURT, Cezar Roberto. O Estupro da Menina de dez anos – Estupro cumulado com crime de aborto Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEUHuzpjO-x/?hl=pt-br>, acesso em 28.08.2020.

[13] ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Op. Cit., p. 323.

[14] GOMES, Luiz Flávio, MOLINA, Antônio Garcia – Pablos, BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e conceitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 520.

[15] Anote-se que o emprego da palavra “objeto” se faz sob o prisma técnico – jurídico e não tendo em vista qualquer pretensão espúria de reificação ou coisificação das vítimas humanas desse lamentável episódio. Necessário frisar que “objeto

material de um crime” não é necessariamente uma “coisa”, como poderia sugerir a palavra “objeto” presente na expressão. Objeto material de um crime é a **pessoa** ou coisa sobre a qual recai a conduta criminoso. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 17^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 333.

[16] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 192.

[17] BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 393.

[18] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 393.

[19] Op. Cit., p. 369.

[20] OLIVÉ, Juan Ferré, PAZ, Miguel Nuñez, OLIVEIRA, William Terra de, BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 478.

[21] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 4. 9^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 114 – 115.

[22] GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12^a. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 834.

[23] CROCE, Delton, CROCE JR., Delton. *Manual de medicina legal*. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

[24] FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Medicina Legal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 165.

[25] BITENCOURT, Cezar Roberto. 2^a. Parte Estupro da Menina de dez anos. Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEcRRsiDT3M/?hl=pt-br>, acesso em 29.08.2020.

[26] GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 315.

[27] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes contra a dignidade sexual – Temas Relevantes*. 2^a. ed. Curitiba: Juruá, 2020, p. 26.

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Volume 4, n. 7, 2006, p. 178. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>, acesso em 31/08/2020.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAR POR SERVIÇO TÉCNICO NO ÂMBITO DAS ESTATAIS

JULIANA MELISSA LUCAS VILELA E MELO:

Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Cível e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduada, com especialização em Direito Público (Direito Constitucional) e Privado (Direito Civil). MBA em Licitações e Contratos.

CRISTINE HELOISA MIRANDA[1]

(coautora)

Resumo: O presente artigo tem como principal característica abordar a contratação direta no âmbito das Estatais, em especial, a inexigibilidade de licitação na hipótese de serviços técnicos especializados. Para tanto, serão tratados alguns aspectos aplicáveis à espécie, tais como, conceitos, princípios, e as Leis 8.666/1993 e 13.303/2016 (Lei das Estatais). Além disso, será feita uma análise jurisprudencial e doutrinária sobre o tema no sentido de dar as necessárias balizas para verificação dos requisitos para o enquadramento da contratação direta por serviço técnico especializado pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. O método utilizado será o jurídico-compreensivo que consistirá na pesquisa dos marcos regulatórios, legislação e doutrina acerca do tema.

Palavras-chave: Licitação – Lei das Estatais – Inexigibilidade - Contratação Direta – Serviços técnicos especializados.

Abstract: The main characteristic of this article is to address direct contracting within the scope of State-owned companies, in particular, the non-requirement for bidding in the event of specialized technical services. For that, some aspects applicable to the species will be treated, such as, concepts, principles, and Laws 8.666 / 1993 and 13.303 / 2016 (State Law). In addition, a jurisprudential and doctrinal analysis on the subject will be carried out in order to provide the necessary guidelines for verifying the requirements for the framework of direct contracting by specialized technical service by public companies and mixed-capital companies.

Keywords: Bidding - State Law - Unenforceability - Direct Contracting - Specialized technical services.

Sumário: Introdução. 1. Do Dever de Licitar e da Legislação Aplicável. 2. Hipóteses Excepcionais ao Dever de Licitar. 3. Da Inexigibilidade de Licitação por Serviço Técnico Especializado. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo tem como principal objetivo realizar uma breve análise sobre o enquadramento da contratação direta por serviço técnico especializado pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

O método utilizado será o jurídico-compreensivo, que consistirá na pesquisa dos marcos regulatórios, legislação e doutrina sobre o tema, com o objetivo de melhor entender o seu significado e alcance no mundo fático e jurídico.

Para tanto, serão tratados alguns conceitos e aspectos da contratação direta pelas Estatais, as normativas existentes, as jurisprudências e doutrinas, no sentido de dar as necessárias balizas para verificação dos requisitos para o enquadramento de uma contratação direta por serviço técnico especializado pelas Estatais.

Dessa forma, imperioso o presente estudo para oferecer segurança e certeza nas hipóteses que podem ou não ser de contratação direta, por inexigibilidade de licitação em razão de serviço técnico especializado, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir.

1. Do Dever de Licitar e da Legislação aplicável

O dever de licitar decorre diretamente da Constituição Federal (art. 37, XXI), veja-se:

“Art. 37, XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Este procedimento administrativo tem o escopo de garantir isonomia entre os licitantes, a vinculação ao instrumento convocatório, o incentivo ao desenvolvimento sustentável, bem como selecionar a melhor proposta dentre as apresentadas, com vistas à celebração de contrato.

A licitação deve observar tanto os princípios administrativos constitucionais, do caput do artigo 37 da CF, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como os previstos na legislação infraconstitucional referente ao tema.

A competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação é privativa da União (CF, art. 22, XXVII).

A matéria foi disciplinada pela Lei 8.666, de 1993, que não apenas indica as modalidades de licitação e seu procedimento, mas também os casos em que ela é legalmente dispensável e inexigível, como autorizado pela Constituição, subordinando os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em linhas gerais estão obrigados a licitar todos os entes da Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas, e demais entes da Administração Pública Indireta.

No entanto, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, houve a separação do regime jurídico atinente à licitação da administração direta, autárquica e fundacional, do regime das empresas estatais, sujeitando estas às regras próprias da iniciativa privada, nos termos do art. 173 da CF.

Porém, diante da ausência de um normativo específico, até 2016 as empresas públicas e sociedade de economia mistas se utilizavam da Lei geral, qual seja, a Lei 8.666/93. Mas finalmente, em cumprimento ao disposto no §1º do artigo 173 da CF, foi publicada em julho de 2016 a Lei n. 13.303/2016 que trata do estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, mais conhecida como a Lei das Estatais, disciplinando, inclusive, as regras do procedimento licitatório.

A Lei n. 13.303/2016, em seu artigo 31, expõe o escopo do procedimento licitatório, assim como menciona os princípios que devem reger a licitação no âmbito das empresas estatais, confira-se:

“Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da

moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo”.

Desta monta, os princípios que devem guiar as licitações regidas pela Lei 13.303/2016 são: impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório, obtenção de competitividade e julgamento objetivo.

Registra-se que, em que pese não haja expressa menção na legislação supracitada aos princípios da legalidade sua aplicação é imperativa, devido à previsão do artigo 37, *caput*, já mencionado.

Além disso, importante destacar a posição de Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, 2017), em seu livro Regime das Estatais, no tocante a aplicação do princípio da legalidade: esta deverá ser mais abrandada, “sendo inimaginável que fosse especificamente necessária base legal (por mais ampla que fosse) para cada uma das multifacetadas operações econômicas e contratuais do seu dia a dia empresarial”.

Portanto, como já dito, a licitação é a regra como o instrumento adequado para as contratações do Poder Público. No entanto, é possível o seu afastamento em hipóteses excepcionais previstas em lei.

2. Hipóteses Excepcionais ao Dever de Licitar

Sabidamente, as contratações diretas, seja por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, constituem exceção, porquanto a regra é licitar, por força do art. 37, inciso XXI, da CR/88, a fim de se obter a melhor proposta para a Administração.

Eis o motivo pelo qual a doutrina recomenda cautela quando da excepcionalização do dever de licitar. Confira-se:

“(...) a opção pelo caminho da contratação direta deve ser avaliada com cautela, a fim de evitar equívocos e, conseqüentemente, possíveis demandas administrativas e judiciais contra os profissionais responsáveis pela definição das diretrizes do processo”. (ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras

Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização, 3 ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 253).

“A ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento administrativo prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa.

Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, (...)” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 16 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 391).

De todo modo, da leitura do art. 37, inciso XXI, da CR/88, extrai-se que a legislação pode trazer hipóteses excepcionais nas quais as contratações não precisariam, em tese, passar por uma licitação prévia.

Nesse sentido, são as hipóteses trazidas pelos artigos 28, 29 e 30, da Lei 13.303/2016, que dispõem sobre as hipóteses de afastamento da obrigatoriedade de licitar.

Diferentemente da Lei 8.666/1993, que apenas previa hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, a Lei 13.303/2016, trouxe uma inovação “a dispensa de observância dos dispositivos” quanto as licitações, artigo 28, §3º. Confira-se:

“Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia

mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

(...)

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

Em síntese, a dispensa de licitar se dá quando a competição é viável, mas por alguma razão o legislador afasta a regra da obrigatoriedade de licitar. Já a inexigibilidade é caracterizada quando há inviabilidade de competição, nesta hipótese não há sentido na realização de procedimento licitatório.

Contudo, nessas duas hipóteses entende-se que há aplicação das regras do procedimento licitatório quanto à sua fase interna, ou seja, apenas é afastada a observância da fase externa do procedimento.

3. Da Inexigibilidade de Licitação por Serviço Técnico Especializado

Em se tratando, especificamente, da inexigibilidade de licitação, tema central da presente análise, sua disciplina se encontra prevista no art. 30, caput, da Lei n.º 13.303/2016, destacando duas formas de sua ocorrência, fornecedor exclusivo e serviço técnico especializado. Veja-se:

“Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.

§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III - justificativa do preço”.

Entende-se que o rol do caput do art. 30, é exemplificativo devido a presença de expressão “em especial”, posição pontuada por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (ALEXANDRINO, PAULO, 2018).

Por isso, inclusive, é que o caput do art. 30 da Lei n.º 13.303/2016 possuem função normativa autônoma. Ou seja, uma contratação direta pode neles se fundamentar exclusivamente, em razão tão só da inviabilidade de competição, não se impondo que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos dos referidos artigos, os quais, a propósito, como já dito, apresentam natureza exemplificativa.

Veja-se, neste sentido, os entendimentos expressos nos acórdãos abaixo, que em verdade, tratou da inexigibilidade prevista na lei 8.666/1993, mas que pode ser perfeitamente aplicável ao da Lei 13.303/2016:

“É vedada a inexigibilidade quando não comprovado o requisito da inviabilidade de competição. É dever do agente do agente público responsável pela contratação confirmar a condição de exclusividade nos casos em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. (TCU. Acórdão nº 1.802/2014 – Plenário) – grifo nosso.

A contratação direta por inexigibilidade de serviços técnicos especializados não se subsumi à hipótese do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, uma vez que as situações elencadas nos incisos deste artigo são exemplificativas. Na presença de situações outras em que o atendimento das necessidades da administração implique a inviabilidade de competição, admite-se a contratação direta por inexigibilidade (TCU. Acórdão nº 2.503/2017 – Plenário)”.

Todavia, apesar de o rol do caput do art. 30 ser exemplificativo, como já mencionado, há destaque para sua ocorrência em duas hipóteses: fornecedor exclusivo e serviço técnico especializado.

Assim, importante esclarecer que a inviabilidade de competição dessas duas hipóteses se dá de maneiras diferentes, no caso do inciso I acima mencionado a inviabilidade se refere a inexistência de competidores, há apenas um fornecedor, ou seja, ocorre a impossibilidade absoluta da disputa.

Já na hipótese do inciso II, serviço técnico especializado, a inviabilidade ocorre porque a disputa entre os possíveis competidores não atenderia os interesses legítimos da estatal, a realização de licitação neste caso poderia ter o condão de tornar o objeto da licitação inútil ou mesmo prejudicial aos interesses da estatal.

O elemento central dessa hipótese de afastamento da licitação, a despeito da presença de vários executores aptos, é a inviabilidade de estabelecer-se comparação objetiva ente as várias possíveis propostas, conforme lição do mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2004, p. 497.), *in verbis*: "são licitáveis unicamente (...) bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja".

No que diz respeito a inexigibilidade por serviço técnico especializado, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (ALEXANDRINO, PAULO, 2018) entendem que o inciso II do artigo 30 da Lei 13.303, é diferentemente do seu caput, rol exaustivo devido a expressão "contratação dos seguintes serviços técnicos especializados".

Em abono do que ora se expõe, confirmam-se, também, as lições de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2016, pág. 523), que, embora se refiram à Lei n.º 8.666/1993, podem ter o raciocínio perfeitamente aplicável à inexigibilidade de licitação ora pretendida no âmbito desta estatal:

"(...).

6.4.2.4. serviço técnico profissional especializado e o art. 13

Outro aspecto relevante constitui-se na seguinte questão: poderá ser objeto da inexigibilidade com fundamento nesse inciso a contratação de serviços técnicos não enumerados no art. 13?

*A resposta é negativa, pois a norma do art. 25, inciso II, constitui regra que abre exceção e, de acordo com os princípios elementares de hermenêutica, esse tipo de norma deve ser interpretado restritivamente.*¹²⁸²

A prática, contudo, tem demonstrado que existem serviços, não registrados no art. 13, que não permitem viabilizar a contratação, como por exemplo, os serviços de correios, pois o regime de monopólio inviabiliza a competição.¹²⁸³ Em casos dessa natureza ou mesmo nos casos em que o serviço não guarda qualquer singularidade, mas por outro motivo qualquer a competição é inviável, monopólio, por exemplo, a contratação direta deve ter por fundamento o caput do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, e não o inciso II.

Mais recentemente, vislumbra-se que os Tribunais de Contas têm admitido a interpretação ampliativa do elenco quando se tratam de serviços técnicos profissionais especializados de natureza semelhante aos indicados no art. 13 da Lei nº 8.666/1993.

(...)." (Jacoby Fernandes, J.U. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta / Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 523). (Sem grifos no original).

Em igual direção, veja-se o que prevê a Súmula n.º 252 do TCU: "A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: o serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado." (Sem grifos no original).

Contudo, esta posição está longe de ser unânime, para Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres (BARCELOS E TORRES, 2018), mesmo se o serviço técnico especializado não estiver presente no inciso II, persistindo condições que assinalem para inviabilidade de competição pela necessidade da administração de contratar um serviço técnico especializado, prestado por um profissional ou empresa notória, não haveria dúvida quanto à possibilidade de contratação direta, baseando-se no caput do artigo 30.

Quanto ao caráter exemplificativo, veja-se, também, a posição de Justen Filho (FILHO, 2016): “A relação do art. 13 é meramente exemplificativa. O conceito de serviço técnico profissional especializado comporta, em tese, uma grande variedade de situações. Não há dúvidas de que, além dos casos indicados no art. 13, existem inúmeras outras hipóteses que comportam qualificação como serviço técnico profissional especializado.”

Ressalta-se que para estes autores é “um equívoco engessar o universo de serviços considerados como ‘técnicos especializados’ a um rol concebido pelo legislador, sem a percepção de novas tecnologias e serviços que podem surgir com o transcorrer do tempo e com características até mais especializadas”. Os dois entendimentos têm fundamento jurídico, contudo, entende-se que o método interpretativo que melhor se amolda à hipótese é o sistemático, que “consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de Leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, conforme lição de Carlos Maximiliano, que segundo o qual, tal método parte do confronto entre a prescrição positiva e outra de que proveio ou que da mesma emanaram, verificando-se o nexo entre a regra e a exceção; entre o geral e o particular, a fim de obter-se os necessários esclarecimentos.

Assim, ao analisar os serviços listados nas alíneas do inciso II, art. 30, da Lei n. 13.306/2016, ora sub examine (em síntese, pareceres, estudos, assessorias, consultorias etc), percebe-se, a olhos vistos, um traço que os une; que lhes tornam conexos. É o fato de a lista reunir apenas serviços cuja execução é predominantemente intelectual.

De todo modo, em que pese a divergência existente sobre o tema, entende-se que, de regra, ao contratar diretamente serviços técnicos especializados, importante o enquadramento no rol de serviços do inciso II do artigo 30.

Note que o inciso II do art. 30 da Lei 13.303/2016 relaciona os requisitos que devem compor a instrução do processo que são, na ordem: a) o serviço ser técnico e estar listado nas alíneas do referido inciso; b) e o executor ser um profissional ou empresa de notória especialização.

Aliás, há muito o Tribunal de Contas da União firmou o entendimento (Lei 8.666/1993, mas cujo entendimento pode ser aplicado ao presente caso) segundo o qual a contratação calcada no dispositivo em tela só é regular se houver a demonstração da presença desses requisitos:

“ENUNCIADO: A contratação direta por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, comporta a presença simultânea de três requisitos:

constar no rol de serviços técnicos especializados mencionados no art. 13 da Lei 8.666/1993, possuir o serviço natureza singular e ter o contratado notória especialização. O ato praticado com a ausência de qualquer um dos três requisitos importa na irregularidade da contratação.” (TCU, Acórdão 479/2012-Plenário Rel. Min. Raimundo Carreiro)

Registra-se ainda que, o inciso II do artigo 30, da Lei 13.303/2016, destaca o requisito para a contratação direta de serviço técnico especializado da “notória especialização”, definindo-o em seu parágrafo primeiro.

Para Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres (BARCELOS E TORRES, 2018), embora tenham sido apresentados “parâmetros razoavelmente objetivos, subsiste margem discricionária ao gestor para atestar que o trabalho de determinado profissional ou empresa é essencial e o mais adequado ao cumprimento do objeto contratual”.

Nesse mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado (FURTADO, 2017) entende que, como regra, a opção administrativa deve ser respeitada, desde que motivada e não se constate interpretação abusiva.

Contudo, os autores (BARCELOS E TORRES, 2018) entendem que a margem de discricionariedade para atestar o trabalho como de notória especialização não deve ser sobre o viés da confiança do administrador público no pretense contratado, ou seja, que a confiança pessoal não é pressuposto para a contratação direta em razão de serviço técnico especializado. Os autores defendem que a “reputação do profissional ou da sociedade deve ser averiguada de maneira impessoal, a partir de sua atividade, como desempenho anterior, publicações, equipe técnica, dentre outros”, entendimento que parece o mais acertado, pois se afasta da subjetividade da contratação baseada em “confiança”.

Interessante notar, ademais, que na redação do art.30, I, da Lei 13.303/2016, em relação ao art. 25 da 8.666/1993, houve a supressão do termo de natureza singular.

Sobre o requisito da singularidade o TCU já se posicionou algumas vezes, vejamos:

“O conceito de singularidade de que trata o art.25, inciso II, da Lei 8.666/93 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas

sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado. (TCU. Acórdão 7840/2013 - Primeira Câmara. Boletim de Jurisprudência 16/2013)”.

“Na contratação de serviços advocatícios, a regra geral do dever de licitar é afastada na hipótese de estarem presentes, simultaneamente, a notória especialização do contratado e a singularidade do objeto. Singular é o objeto que impede que a Administração escolha o prestador do serviço a partir de critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação. (TCU. Acórdão 2832/2014 – Plenário. Boletim de Jurisprudência 60/2014)”.

“Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento. (TCU. Acórdão 2616/2015 - Plenário Boletim de Jurisprudência 104/2015)”.

“A contratação de serviços advocatícios mediante inexigibilidade de licitação, por entidades que recebem recursos por força da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), alterada pela Lei 10.264/2001 (Lei Agnelo/Piva), depende da comprovação simultânea dos requisitos de notória especialização do contratado e de singularidade do objeto. (TCU. Acórdão 1051/2018 – Plenário. Boletim de Jurisprudência 218/2018)”.

“Para fim de contratação com base no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, serviços advocatícios podem ser considerados como singulares não apenas por suas características abstratas, mas também em razão da relevância do interesse público em jogo, a exigir grande nível de segurança, restrição e cuidado na execução dos serviços, a exemplo de demandas judiciais envolvendo valores de indenização muito elevados, que coloquem em risco a sobrevivência da entidade contratante.

(TCU. Acórdão 10940/2018 – Plenário. Boletim de Jurisprudência 237/2018)“.

De modo que, para o TCU o requisito da singularidade reside na impossibilidade de que a Administração escolha o prestador do serviço a partir de critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, vez que os serviços técnico-profissional especializados não são passíveis de comparação e julgamento por critérios objetivos, razão pela qual, a rigor, são essencialmente singulares.

Logo, o fato de o art. 30 da Lei nº 13.303/2016 não ter se referido *expressamente* a serviços “singulares”, não significa que não o serão. Afinal, nos termos do *caput* do art. 30 a **inviabilidade de competição** decorrerá, necessariamente, de uma de duas hipóteses: **(i)** fornecedor ou prestador de serviço exclusivo; ou **(ii)** da impossibilidade de definir critérios objetivos de comparação e julgamento, o que evidencia a necessidade de os serviços serem singulares.

A questão residirá, portanto, em verificar se pressupõem a execução por notória especialista, ou não, para sopesar o fundamento adequado da inexigibilidade (art. 30, *caput* ou inc. II, da Lei nº 13.303/2016).

Superados tais ponto, insta trazer à baila na oportunidade os requisitos presentes no art. 30, §3º, da Lei 13.303: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou do executante; III - justificativa do preço.

Não há dúvidas, portanto, sobre a necessidade de cumprimento destes elementos na contratação direta. Porém, no que tange a inexigibilidade de licitação por serviço técnico especializado deve ser observado os dois últimos incisos do artigo acima, pois sua ocorrência não se baseia em situação de emergência, mas em inviabilidade de competição.

Assim, na contratação direta por serviço técnico especializado deve constar obrigatoriamente, do processo administrativo, a razão da escolha do fornecedor ou do executante e a justificativa do preço.

O requisito da razão da escolha do fornecedor ou do executante é importante porque em muitas situações o administrador público vai se deparar com a possibilidade de cumprimento do objeto a ser contratado por vários agentes.

Então, é responsabilidade da estatal, no uso de sua discricionariedade, assegurar a seleção da melhor proposta, não necessariamente aqui relacionada ao

menor preço, mas tendo em vista eficiência, qualidade e eficácia da proposta escolhida.

Nessa linha os autores (BARCELOS E TORRES, 2018) entendem, por exemplo, que um anúncio público do interesse de contratar, especificando as condições necessárias à contratação, enriquece este requisito que expõe a motivação da escolha do fornecedor ou executante.

Já no que diz respeito ao requisito da justificativa de preço, ela assume ainda maior importância na contratação direta, em razão da não existência de disputa, assim deve se demonstrar a adequação dos preços ao objeto da contratação, assim como aos valores de mercado.

Quanto à justificativa do preço, esta não se resume à comparação do mesmo com o cobrado por eventuais outros prestadores. Como em qualquer contratação direta, é evidente que o preço ajustado deve ser coerente com o mercado, devendo essa adequação restar comprovada nos autos, eis que a validade da contratação depende da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública.

Tal justificativa tem como finalidade evitar que prestadores ou fornecedores superfaturem os preços quando contratem com a Administração Pública. O que se procura é impedir que empresas (sejam públicas ou privadas) aumentem deliberadamente os preços dos produtos quando vendam para o Poder Público.

Essa providência inclusive é objeto da ON 17/AGU, como mencionado acima, que dispõe: “a razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos” (Alterada pela Portaria AGU nº 572/2011, publicada no DOU I 14.12.2011).

No que diz respeito à esta exigência da justificativa de preço, o TCU entende que nas contratações diretas por inexigibilidade se faz necessária a elaboração de orçamento detalhado, assim como pesquisa com no mínimo três cotações válidas de empresas do ramo, vejamos:

“(...) O fato de a contratação ter ocorrido por inexigibilidade de licitação não afasta a necessidade de a contratante elaborar, consoante o artigo 7º, § 2º, inciso II, e § 9º, c/c o art. 26, inciso III, todos da Lei 8.666/1993, orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do objeto contratado, documento indispensável à avaliação dos

preços propostos. Por esse motivo, não há como prosperar a afirmação do recorrente, no sentido de que “a comparação de preços cabível para o caso em tela seria, apenas, com outras propostas apresentadas pela Fundação ATECH em contratações efetivadas com outros órgãos integrantes do SISCEAB.”(...) (TCU. Acórdão 3.289/2014 – Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues)

“(...)Note-se, ainda, não ser possível comparar as duas propostas de preços constantes da peça 52, p. 13 e 18 diante da cotação de itens com características distintas: uma apresenta material em PVC e outro em vidro. Quando da realização da pesquisa, os responsáveis deveriam ter especificado adequadamente o objeto pretendido buscando ao menos três fornecedores para avaliar a adequabilidade do preço em relação ao praticado no mercado. (...)” (TCU. Acórdão 1.565/2015 – Plenário. Rel. Min. Vital do Rêgo)

Por fim, no que tange a definição de sobrepreço ou superfaturamento a própria Lei 13.303 traz sua definição em seu art. 31, §1º:

“(...).

§ 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:

I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;

II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;

b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;

c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;

d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços”.

Para (BARCELOS E TORRES, 2018) esta disposição do art. 30, §2º, robustece a necessidade de justificativa de preços como elemento de instrução dos processos de contratação direta e assim a obrigatoriedade de consulta dos preços através de pesquisa de mercado.

Conclusão

Em síntese, observou-se por meio deste estudo que a Lei n. 13.303/2016 possui como regra a necessidade de licitação nas contratações com terceiros sendo, no entanto, possível o seu afastamento nas hipóteses excepcionais de dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade de licitação trazidas pela Lei das Estatais em seus artigos 28, 29 e 30.

Além disso, concluiu-se que as hipóteses do rol do caput do art. 30 Lei n. 13.303/2016 devem ser entendidas como exemplificativas e não taxativas, podendo as práticas de mercado e o caso concreto estabelecerem outras situações de afastamento das regras acerca da licitação da Lei das Estatais. No entanto, a inaplicabilidade de licitação não se confunde com arbitrariedade, mas sim liberdade para que o gestor possa escolher a melhor solução para o caso concreto.

Após, seguiu-se a análise do objeto central do presente artigo, a inexigibilidade da obrigatoriedade de licitar por serviço técnico especializado.

Quanto ao tema foi exposto que primeiro deve existir uma inviabilidade de competição e, além disso, que na hipótese da inexigibilidade devido ao serviço técnico especializado, ela não se dá no aspecto fático, porque há competidores, mas sim porque o resultado de uma possível disputa entre eles não atende os interesses legítimos da administração, no caso a estatal.

A própria Lei n. 13.303/2016 trouxe a definição de serviço técnico especializado, suprimindo em sua redação, no entanto, a singularidade exigida para a inexigibilidade em questão na Lei n. 8.666/1993.

Concluiu-se, ainda, que, de regra, ao contratar diretamente serviços técnicos especializados, importante o enquadramento no rol de serviços do inciso II do artigo 30, da Lei 13.303/2016, bem como da necessidade de que os serviços técnicos sejam especializados, e, também, que sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização.

Abordou-se, então, outros temas pertinentes: da necessidade da exposição da razão para a escolha do executante e da justificativa de preço (art. 30, §3º, II e III), restando claro que ambos devem ser muito bem justificados, pois são o que dão suporte para a decisão do Administrador Público para o afastamento do dever constitucional de licitar.

Por fim, restou evidenciada a previsão da solidariedade pelos danos causados em razão de sobrepreço e superfaturamento entre quem fez a escolha da contratação direta, bem como o contratado, reforçando ainda mais a necessidade dos dois requisitos supracitados.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. Direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo – 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

BARCELOS, Dawison. Licitações e contratos nas empresas estatais: Regime licitatório da Lei 13.303/2016 / Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 17a, ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 497.

FERRAZ, Sergio. Disposições Preliminares da Lei. In Comentários sobre a lei das estatais (Lei 13.303, de 30.6.2016) / Sergio Ferraz (organizador). São Paulo: Malheiros, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Regime Jurídico das Estatais. Edição 1, Abril de 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 7. ed. ver. atual e ampl. com comentários sobre a Lei nº 13.303/2016 – Lei das Empresas Estatais – Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei nº 13.303/2016/Marçal Justen Filho (organizador). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo Licitatório das Empresas Estatais: Finalidades, Princípios e Disposições Gerais. In Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei nº 13.303/2016/Marçal Justen Filho (organizador). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 523.

PETIAN, Angélica. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação nas Empresas Estatais. In Comentários sobre a lei das estatais (Lei 13.303, de 30.6.2016) / Sergio Ferraz (organizador). São Paulo: Malheiros, 2019.

NOTAS:

[1] Advogada Pública. Atuação em Direito Administrativo, Civil, Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). (e-mail: cristineheloisa@gmail.com). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALE).

GRATUIDADE POR MERA DECLARAÇÃO JUNTO AO CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS

LEONARDO TOSCANO DE BRITO:

Advogado da União. Consultor Jurídico da União no Estado do Acre.

Resumo: O presente artigo visa trazer luz à discussão acerca do requerimento e deferimento da gratuidade relativa a atos praticados junto ao cartório de registro civil, a exemplo da emissão de certidão de nascimento, óbito, habilitação de casamento, dentre outros, mediante mera declaração do interessado. Demonstraremos a posição consolidada na legislação e jurisprudência, inclusive, administrativa no âmbito do CNJ, e seus fundamentos, realizando ainda, uma brevíssima análise interpretativa acerca da legislação. Referido artigo nos levará à conclusão de que a legislação impõe ao delegatário (a) o respectivo deferimento, não permitindo, nem mesmo ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, a exigência de documentos outros para fim de caracterização da hipossuficiência, que não a simples declaração, sob as penas da lei.

Palavras-chave: Direito Civil e Processual Civil. Gratuidade Cartorária. Declaração de hipossuficiência como único requisito. Livre acesso à Justiça em sentido amplo. Exercício da Cidadania. Precedentes das Cortes Superiores e do CNJ. Ilegalidade da exigência doutros documentos para deferimento da gratuidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A gratuidade Judiciária. 3. A gratuidade cartorária para habilitação de casamento. 3.1. Da interpretação do Conselho Nacional de Justiça e de sua Corregedoria - direito à gratuidade por mera declaração. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Estabelece a Constituição Federal no título relativo aos direitos e garantias fundamentais que *"são gratuit[os] (...), na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania"* (artigo 5º, inciso LXXVII), e mais, que aos reconhecidamente pobres, na forma da lei, será gratuita o registro civil de nascimento e a certidão de óbito (artigo 5º, inciso LXXVI).

Pois bem, essas disposições na Constituição brasileira deixam clara a importância do papel do Registro Civil da Pessoa Natural, também denominado como "ofícios da cidadania[1]"

Assim, muito além do que conferir autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos[2] as serventias de Pessoas Naturais propiciam que o cidadão passe a

desfrutar de um conjunto de direitos sociais pelo simples fato de registrar-se, podendo exercer, a partir daí, sua cidadania plena, ao menos do ponto de vista formal.

No âmbito infraconstitucional se operou a alteração do artigo 30 da lei 6.015/73 pela lei 9.534/1997, passando a prever a gratuidade do registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão de cada um desses atos.

No mesmo influxo, ao artigo 1º da Lei 9.265/96 foi inserido o inciso VI com a seguinte redação: "*São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados: (...) VI - registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.*"

Assim sendo, não resta dúvida que a partir de 1988 passou-se a conferir a todos os brasileiros, indistintamente, a gratuidade do registro de nascimento e óbito, bem como a primeira certidão, dispensando-se qualquer prova de situação econômico-social.

Em acréscimo, temos que a Carta brasileira tem como fundamento a redução das desigualdades sociais (art. 3 da CF/88[3]), propiciando assim que a camada pobre da população possa ter acesso a serviços, inclusive os sociais, que expressam o exercício da cidadania, a exemplo do voto, trabalho formal, ao Judiciário, etc.

Nesse contexto é que se constitucionaliza o dever do Estado de oferta à parcela hipossuficiente da população o livre acesso à Justiça, garantindo-lhes assistência jurídica integral e gratuita aos mais necessitados, *in verbis*.

Art. 5º (...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

A concessão da gratuidade, entendida como parcela da assistência jurídica integral, representa, em verdade, a concretização do princípio da isonomia tipificado no art. 5 da CF[4], e que segundo a doutrina de Aristóteles significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade[5].

Eis que, a legislação infraconstitucional, com alicerce nos princípios alinhavados, estabeleceu também a gratuidade para outros atos, a exemplo da habilitação de casamento, objeto do presente estudo, podendo ser realizado junto à

serventia notarial de pessoas naturais, e sobre os qual se discute a gratuidade pelo serviço.

2. A GRATUIDADE JUDICIÁRIA

No **âmbito judicial**, a gratuidade restou inicialmente regulada pela lei 1.060/50, a qual estabelecia em seu art. 4 uma presunção relativa de hipossuficiência mediante simples declaração, vejamos:

~~Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (taxado pois revogado pelo NCPC)~~

Com o advento da Lei 7.115 de 1983[6], dispondo sobre prova documental, deixou-se ainda mais claro que o único requisito necessário ao deferimento da gratuidade seria a declaração, vejamos:

Art.1º - A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, **pobreza**, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, **quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.** (grifo nosso)

Parágrafo único - O dispositivo neste artigo não se aplica para fins de prova em processo penal.

Art.2º - Se comprovadamente falsa a declaração, sujeitar-se-á o declarante às sanções civis, administrativas e criminais previstas na legislação aplicável.

Art.3º - A declaração mencionará expressamente a responsabilidade do declarante.

Nesta sintonia, as leis 7.844/89[7] e Lei 9.534/97[8] alteraram a Lei 6.015 (Lei de Registros Públicos[9] - norma reguladora da prestação de serviços pelas serventias), passando a prever expressamente, **para o âmbito extrajudicial**, que o **estado de pobreza será provado por mera declaração**, dando ensejo à responsabilidade do declarante no caso de falsidade, *in verbis*:

“Art. 30. Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela

primeira certidão respectiva. (Redação dada pela Lei nº 9.534, de 1997)

§ 1º Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil. (Redação dada pela Lei nº 9.534, de 1997)

§ 2º O estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso, acompanhada da assinatura de duas testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 9.534, de 1997)

§ 3º A falsidade da declaração ensejará a responsabilidade civil e criminal do interessado. (Incluído pela Lei nº 9.534, de 1997)

§ 3º-A Comprovado o descumprimento, pelos oficiais de Cartórios de Registro Civil, do disposto no *caput* deste artigo, aplicar-se-ão as penalidades previstas nos arts. 32 e 33 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. (Incluído pela Lei nº 9.812, de 1999)

§ 3º-B Esgotadas as penalidades a que se refere o parágrafo anterior e verificando-se novo descumprimento, aplicar-se-á o disposto no art. 39 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. (Incluído pela Lei nº 9.812, de 1999)

§ 3º-C. Os cartórios de registros públicos deverão afixar, em local de grande visibilidade, que permita fácil leitura e acesso ao público, quadros contendo tabelas atualizadas das custas e emolumentos, além de informações claras sobre a gratuidade prevista no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.802, de 2008).

§ 4º É proibida a inserção nas certidões de que trata o § 1º deste artigo de expressões que indiquem condição de pobreza ou semelhantes. (Incluído pela Lei nº 11.789, de 2008)” (grifo nosso)

Ressalte-se do dispositivo acima transcrito que o seu § 3º-A e § 3º-B estabelecem a possibilidade de penalidade ao oficial de cartório no caso de descumprimento do *caput* do art. 30 da lei 6.015.

3. A GRATUIDADE CARTORÁRIA PARA HABILITAÇÃO DE CASAMENTO

Os serviços notariais, regulados pela lei 8.935 e 6.015, são exercidos atualmente de forma privada, após concurso público, por meio de delegação do ente estatal.

No que toca à remuneração dos delegatários[10] - os denominados emolumentos -, são espécie tributária, classificado como taxas. Neste sentido, segue decisão do Supremo Tribunal Federal – STF:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade. A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada “em caráter privado, por delegação do poder público” (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas “a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos” (Lei nº 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. (ADI 1.378 MC. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-11-95, DJ de 30-5-97).

A taxa, como espécie de tributo, tem por fato gerador a atuação do Poder Público, diretamente vinculado ao obrigado, seja em razão do exercício do poder de

polícia ou utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (art. 145, inciso II, da CF).

Como consectário do que sobredito, os emolumentos estão submetidos ao princípio da legalidade, de sorte que sua incidência ou isenção dependem de expressa previsão legal.

Seguindo à explanação, com o intento de conferir ao brasileiro o exercício pleno da cidadania garantido pela CF/88, a legislação infraconstitucional estabeleceu a gratuidade do casamento de forma geral para a celebração. Ocorre que, o Código Civil estabelece como seu requisito a habilitação, conferindo-se a gratuidade àqueles reconhecidamente pobres, vejamos a disposição legal:

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, **para as pessoas cuja pobreza for declarada**, sob as penas da lei.

Portanto, restou cumprido o requisito da legalidade para obtenção da gratuidade, tendo sido estabelecido apenas a declaração do estado de pobreza para deferimento do benefício.

O diploma civilista reproduziu a expressão “pobreza” de outros diplomas legislativos, não trazendo qualquer componente objetivo para aferição.

A ausência de critério concreto, em face da natureza subjetiva do vernáculo, acaba por propiciar diferentes interpretações no âmbito do próprio Poder Judiciário, havendo divergência mesmo entre juiz titular e substituto.

3.1. Da interpretação do Conselho Nacional de Justiça e de sua Corregedoria - direito à gratuidade por mera declaração.

Compete ao CNJ exercer a função fiscalizatória, na órbita administrativa, do Poder Judiciário, aí incluído seus serviços auxiliares, leia-se, serventias, na forma do que previsto no art. 103-B, § 4º, III, da CF/88[11].

No exercício do seu poder fiscalizatório administrativo, o Conselho já se deparou com diversas situações relativas ao benefício da gratuidade extrajudicial, tendo interpretado a norma, sempre no sentido de que basta a mera declaração para fazer *jus à benesse*.

Para o CNJ, a exigência doutros documentos para comprovação da hipossuficiência, a exemplo de comprovante de residência, renda, entre outros, se afigura como ilegal. Vejamos o que decidido no **PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0006737-92.2013.2.00.0000**, de relatoria da Conselheira Dr. Gisela Gondin Ramos:

“Dispensam-se os entraves burocráticos justamente para evitar a imposição de moroso encargo àqueles que buscam o registro de documentos imprescindíveis ao pleno exercício dos direitos fundamentais e de cidadania.

(...)

Assim, afigura-se irregular a negativa de habilitação dos nubentes para o casamento em decorrência de sua hipossuficiência, bastando para tanto a declaração de pobreza, que enseja a responsabilização do signatário em caso de falsidade.”

No mesmo sentido, o PCA 1180-61.2012.2.00.0000, de Relatoria do Conselheiro NEY FREITAS, *in verbis*:

FORMA DE RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA DE HIPOSSUFICIÊNCIA. ACESSO DE PESSOAS POBRES À ISENÇÃO NO PAGAMENTO DE EMOLUMENTOS E DE TAXA DE FISCALIZAÇÃO JUDICIÁRIA. REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA. DESNECESSIDADE. PREVISÃO EM LEI ESTADUAL DE APRESENTAÇÃO DE MERA DECLARAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA.

Não se vislumbra necessidade de regulamentação de forma de reconhecimento de situação econômica de hipossuficiência, para o acesso de pessoas pobres à isenção no pagamento de emolumentos e de Taxa de Fiscalização Judiciária, **quando lei estabelece que a** mera apresentação de declaração de situação econômica precária, sob as penas da lei, ***sem exigência de comprovação documental, é suficiente para a concessão do benefício.*** (CNJ. PCA 1180-61.2012.2.00.0000. Rel. Cons. NEY FREITAS. j. em 5 jun. 2012) (grifo nosso)

A posição adotada pelo Conselho é no sentido de que a burocratização ofende à lei. Com base em tal fundamento, restou anulado[12] o Ato Normativo n. 17/2009 do TJRJ, alterado posteriormente pelo Ato Normativo n. 12/2011.

Supramencionado normativo estabelecia regras para a concessão da gratuidade nos cartórios do Rio de Janeiro, tais como a apresentação de ofício da Defensoria Pública ou de entidades assistenciais assim reconhecidas por lei, comprovante de renda familiar e declaração da hipossuficiência. A ementa do PP 0002872-61.2013.2.00.0000 e dos PCAs 0002680-31.2013.2.00.0000 e 0003018-05.2013.2.00.0000 segue abaixo transcrita:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ATO NORMATIVO 17/2009. GRATUIDADE DE ATOS EXTRAJUDICIAIS. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS PARA COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS DO INTERESSADO. ILEGALIDADE. LEI 1.060/50. CF, ART. 5º, LXXIV. LEI 11.441/07. RESOLUÇÃO CNJ 35/07. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

1. Pretensão de invalidação de ato normativo de Tribunal que exige outros documentos, além da declaração de pobreza, para a concessão da gratuidade de justiça na prática de atos extrajudiciais.

2. A miserabilidade para efeitos legais é comprovada por declaração do interessado, sob as penas da lei, de modo que o tema não deve sofrer acréscimos de outros requisitos, os quais podem acabar por prejudicar ou inviabilizar o direito dos declarados necessitados.

3. A Resolução CNJ 35/2007, que disciplina a Lei 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, dispõe expressamente que basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

4. Nada obsta que o notário ou registrador suscite dúvida quanto ao referido benefício ao Juízo competente como meio de coibir abusos.

5. Pedidos julgados procedentes para anulação do ato e para determinar ao Tribunal que edite nova regulamentação da matéria, no prazo de 60 dias.

Em seu voto, **O EXMO. CONSELHEIRO SAULO CASALI BAHIA (RELATOR)** destacou:

“O ato normativo do TJRJ desconsidera a declaração de pobreza como instrumento apto e suficiente para demonstrar a situação econômica do interessado. Assim, nada justifica a criação de atos normativos, ainda que de natureza administrativa, impondo mais documentos ou mais exigências para o exercício de um direito.”

A Corregedoria do CNJ também já se pronunciou a respeito[13], **deixando assentado que a gratuidade há de ser deferida mediante a simples declaração de pobreza**, a qual pode ser até mesmo manuscrita, cabendo responsabilização do delegatário em caso de eventual embaraço. Por ser extremamente didática, transcrevermos na íntegra a decisão:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - CONSELHEIRO 0005387-74.2010.2.00.0000

Requerente: André Luís Alves de Melo
Requerido: Conselho Nacional de Justiça

INFORMAÇÃO

Em atendimento ao DESP5, observa-se que, na verdade, o art. 1.512, parágrafo único, do CC já estabelece, em caráter geral e de forma bastante ampla, quanto ao casamento, a focalizada gratuidade:

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

Para obtenção do benefício, portanto, basta, pura e simplesmente, a apresentação de declaração de pobreza pelos interessados.

A “regulamentação” proposta, nos termos do requerimento inicial, poderia, *data venia*, levar a que se restringisse essa possibilidade, com uma indevida burocratização, de modo não harmonioso com o desiderato de facilidade que inspirou a citada norma legal.

Destaca-se que, diante da declaração de pobreza, é obrigatória a prática gratuita dos atos em tela pelo Oficial de Registro, o qual, em caso de recalcitrância, ficará sujeito às penalidades previstas na Lei nº 8.935/94. Trata-se de aspecto já fiscalizado pelas Corregedorias Gerais dos Estados e pela Corregedoria Nacional de Justiça, sendo que, em caso de infração, qualquer interessado, inclusive o órgão do Ministério Público, pode formular a cabível reclamação contra o infrator.

Quanto aos fundos para compensação de atos gratuitos, a disciplina normativa se faz em nível estadual, conforme lembrado na INF4 (evento 9), o que fica reiterado.

Observa-se, todavia, que, como o modelo de certidão de casamento veio a ser alvo de padronização no Provimento nº 03 desta Corregedoria Nacional (valendo, indistintamente, tanto para casos de gratuidade, quanto para aqueles em que tal não ocorra), a instituição de formulário padronizado se restringiria, na hipótese em análise, à criação de modelo de declaração de pobreza. Contudo, em nova análise conjunta levada a efeito no âmbito desta Corregedoria, **com a participação do MM. Juiz Auxiliar Dr. Ricardo Cunha Chimenti, autor do parecer constante do evento 9**, concluiu-se, apesar da primeira impressão ali enunciada, que a própria singeleza inerente a tal declaração torna, s.m.j., despicienda e, mesmo, **desaconselhável a imposição de um formulário específico, cujo preenchimento pode representar uma dificuldade adicional para o interessado** (o Oficial recalcitrante poderia, por exemplo, alegar que “os formulários acabaram”, ou, ainda, exigir que pessoas humildes redigissem declarações estritamente nos moldes do modelo que lhes entregasse).

Como o intuito da lei é o de facilitar ao máximo a obtenção da gratuidade, parece de melhor alvitre que nada mais se imponha além do já estabelecido no art. 1.512 do Código

Civil: simples declaração de pobreza, sob as penas da lei, que poderá ser até manuscrita, sem forma especial.

Também milita no sentido de consagrar simplicidade e informalidade da declaração de pobreza o artigo 30, § 2º, da Lei 6.015/73, na esteira das normas sobre gratuidade de atos, com destaque para os artigos 39, VI, e 45, §§ 1º e 2º, da Lei 8.935/94.

Por outro lado, nada impede, evidentemente, que o Registrador diligente disponibilize aos interessados declarações de pobreza já impressas, bastando que assinem. Isto, porém, sem que a utilização de tais impressos seja obrigatória e sem que o Oficial possa recusar declarações de pobreza apresentadas de outra forma.

Enfim, a teleologia das normas sobre a gratuidade de atos necessários ao exercício da cidadania, como vetores de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, é a de facilitar o acesso às pessoas carentes. Destarte, o que se afigura imperativo observar, isto sim, é a rigorosa vigilância em relação a qualquer recusa indevida ou embaraço na disponibilização do benefício, o que deverá ser dura e prontamente reprimido pelas Corregedorias Gerais dos Estados e pelos Juízes Corregedores Permanentes das Comarcas, aos quais compete a fiscalização (primeira) dos serviços extrajudiciais.

Eis, no contexto atual, as considerações enunciadas no âmbito desta Corregedoria Nacional de Justiça, propondo-se, s.m.j., nos termos da INF4 (evento 9) e das ponderações agora apresentadas, ante a ausência de providências concretas a adotar, o arquivamento do presente procedimento.

JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO
Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça

Nesse sentido ainda leciona o CNJ:

“Conclui-se, pois que a negação *ab initio* da declaração de pobreza, como instrumento para obtenção da gratuidade, antes mesmo de que haja qualquer indicação de inverdade do ali

declarado, é ilegal. Nesse sentido, os corretos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

JUSTIÇA GRATUITA. HIPÓTESES DE DEFERIMENTO. DECISÃO IMPLÍCITA. DESERÇÃO.

I. A jurisprudência desta Corte Superior admite a concessão da assistência judiciária gratuita mediante a simples declaração, pelo

requerente, de que não pode custear a demanda sem prejuízo da sua própria manutenção e da sua família.

II. Apresentado o pedido, e não havendo indeferimento expresso, não se pode estabelecer uma presunção em sentido contrário ao seu deferimento, mas sim a seu favor. Precedentes. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 925.411/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJE 23/03/2009)

4. Conclusão

A análise da legislação, atendendo aos ditâmes constitucionais e legais[14], e aos precedentes do CNJ, deixa claro que a gratuidade, seja no campo judicial ou extrajudicial, há de ser deferida mediante simples declaração, sujeitando o requerente à responsabilidade cível, administrativa e criminal em caso de falsidade[15].

Tal conclusão, no entanto, não elidi o poder-dever atribuído ao julgador ou ao órgão fiscalizador, de coibirem abusos caracterizados, sobretudo por falsas declarações objetivando a concessão da benesse legal.

Esclareca-se, no entanto, que a profissão do declarante, por si só, não é elemento suficiente para desconstituir a presunção relativa estabelecida pela lei[16].

Para o indeferimento do pedido, necessária a desconstituição da presunção relativa, por meios aptos a ensejarem qualquer dúvida acerca da veracidade na declaração, a exemplo da exteriorização de riqueza, e após o devido contraditório administrativo.

5. Referências

Constituição da República do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 26/09/2020.

Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acessado em 26/09/2020.

Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7115.htm. Acessado em 26/09/2020.

Lei nº 7.844, de 18 de outubro de 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7844.htm. Acessado em 26/09/2020.

Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acessado em 26/09/2020.

Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9534.htm http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9534.htm. Acessado em 26/09/2020.

Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acessado em 26/09/2020.

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acessado em 26/09/2020.

Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acessado em 26/09/2020.

Camargo Neto, Mario de Carvalho. GRATUIDADE NO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURIAIS. Disponível em http://www.arpensp.org.br/arquivos/gratuidade_com_bibliografia_revista.pdf. Acessado em 26/09/2020.

Benefício desburocratizado. Cartórios não podem exigir formulário para gratuidade. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-mai-07/cartorios-nao-podem-exigir-formulario-concessao-gratuidade>. Acessado em 15/09/2020.

Giselle Souza. Agência CNJ de Notícias. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cnj-anula-ato-do-tjrj-que-burocratizava-o-beneficio-da-gratuidade-na-justica/>. Acessado em 10/09/2020.

Ito, Marina. Burocracia simplificada. Cartórios criam formas de facilitar vida do cidadão. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-fev-08/cartorios-extrajudiciais-adoptam-medidas-facilitar-vida-cidadao>. Acessado em 10/09/2020.

NOTAS:

[1] <https://www.anoreg.org.br/site/2019/04/10/stf-julga-constitucional-lei-que-cria-os-oficios-da-cidadania-nos-cartorios-de-registro-civil/>

[2] Art. 1º da lei 6.015 “Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.”

[3] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

[4] 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:

[5] <https://www.pensador.com/frase/MTQ1OTEwNw/>

[6] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7115.htm

[7] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7844.htm

[8] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9534.htm

[9] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm

[10] Remuneração por meio de emolumentos (art. 236 da CF, art. 28 da Lei nº 8.935/1994 e art. 14 da Lei nº 6.015/1973)

[11] Art. 103-B, § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (...) III -

receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, **inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais**, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

[12] <https://www.cnj.jus.br/cnj-anula-ato-do-tjrj-que-burocratizava-o-beneficio-da-gratuidade-na-justica/>

[13] <https://www.conjur.com.br/2011-mai-07/cartorios-nao-podem-exigir-formulario-concessao-gratuidade>

[14] Código Civil - Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração. Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

[15] Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983: "Art. . 1º - A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, **pobreza**, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da **Lei**, presume-se verdadeira. Parágrafo único - O dispositivo neste artigo não se aplica para fins de prova em processo penal. Art. 2º - Se comprovadamente falsa a declaração, sujeitar-se-á o declarante às sanções civis, administrativas e criminais previstas na legislação aplicável. Art. 3º - A declaração mencionará expressamente a responsabilidade do declarante.

[16] Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. (...) § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

LEI 11.340/2006: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

MAURIZIO DA SILVA DUTRA:

Graduando em Direito. Funcionário público/TJAM. Bacharel em Administração de empresa. Pós graduado em direito penal.

RUBENS ALVES[1]

(orientador)

RESUMO: O objetivo principal da pesquisa, é discutir sobre a lei nº 11.340/2006, aludindo a respeito das formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e os mecanismos adotados pela supra Lei, a fim de que seja coibido tal violência. Como metodologia, adotou-se a pesquisa bibliográfica, na qual permitiu-nos reunir bases teóricas através de artigos científicos, monografias, livros, internet e etc. O tema justificadamente torna-se fundamental, por conta da cultura machista que permeia a sociedade, fazendo as mulheres sofrerem com a questão da violência, assim, o estudo considera-se relevante tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito, justamente por tratar a respeito da realidade que milhares de mulheres enfrentam cotidianamente em seus lares no Brasil. Observando-se a Lei Maria da Penha, que dentre as suas virtudes, certamente tem-se o efeito pedagógico, com a finalidade de que seja interrompido o ciclo de violência doméstica e familiar, é imprescindível que haja uma análise sobre três frentes, quais sejam, empoderamento da vítima, reeducação do agressor e base escolar que abordem a questão de gênero. Sendo assim, surge a problemática a respeito do tema: Quais os mecanismos adotados pela Lei Maria da Penha para que seja coibido a violência doméstica e familiar contra as mulheres?.

Palavras-chaves: Violência Doméstica; Lei Maria da Penha; Mecanismos.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Breve histórico da lei maria da penha – 3. As formas de violência familiar e doméstica contra a mulher – 3.1 Violência física – 3.2 Violência psicológica – 3.3 Violência sexual – 3.4 Violência moral – 3.5 Violência patrimonial - 4 Os mecanismos criados pela lei 11.340/2006 para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher - 4.1 Das medidas integradas de prevenção - 4.2 Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar - 4.3 Do atendimento pela autoridade policial - 5 Conclusão - 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Apesar da Lei supra já está em vigor há mais de 10 anos, observa-se que somente nos dias de hoje, começou-se a ter um questionamento de forma mais aberta pela sociedade, haja vista, ser arraigada por uma cultura de discriminação e machismo, tendo por objeto, a subjugação das mulheres. Trata-se de uma lei, onde as pessoas têm consciência dela, mas é necessário que haja uma melhora nos serviços de atendimento, centros de referência, e, evidentemente, na defesa da vítima.

Observando-se este dispositivo legal, que dentre as suas virtudes, certamente tem-se o efeito pedagógico, com a finalidade de que seja interrompido o ciclo de violência doméstica e familiar, é imprescindível que haja uma análise sobre três frentes, quais sejam, empoderamento da vítima, reeducação do agressor e base escolar que abordem a questão de gênero. Sendo assim, surge a problemática a respeito do tema: Quais os mecanismos adotados pela Lei Maria da Penha para que seja coibido a violência doméstica e familiar contra as mulheres?

Tem-se como objetivo principal do estudo, discutir sobre a lei nº 11.340/2006, aludindo a respeito das formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e os mecanismos adotados pela supra Lei, a fim de que seja coibido tal violência. Especificamente, buscou-se analisar o que dizem os doutrinadores a respeito da temática; verificar os artigos que mencionam as formas de violência doméstica e os mecanismos adotados pela supra lei; Observar as jurisprudências que versam sobre o tema;

A violência doméstica e familiar, certamente é um tema considerado instigante, onde atinge milhares de mulheres no mundo inteiro, em decorrência dos atos discriminatórios de gênero e da relação de poder desigual entre o homem e a mulher, sendo estes, considerados presentes na sociedade e, evidentemente, na família.

Observa-se que apesar da violência familiar e doméstica contra a mulher não ser uma questão recente, tendo sido presenciado em todo o contexto histórico, percebe-se que houve uma preocupação em ser estudada com o maior rigorosidade e profundidade, apenas no século XIX, considerando-a como um problema para a sociedade.

Campos (2008, p. 09), destacam acerca da temática:

A violência contra a mulher constitui uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que levam à dominação e à discriminação por parte

do homem, impedindo o avanço pleno da mulher e lhe atribuindo um papel secundário. A essa violência, que nasce da superioridade imposta por um sexo ao outro – dos homens sobre as mulheres – e afeta toda a organização social, convencionou-se chamar violência de gênero, que é a violência sofrida pelo simples fato de ser mulher, sem distinção de raça, classe social, religião, idade ou qualquer outra condição, produto de um sistema social que subordina o sexo feminino.

Sendo assim, observando-se toda essa cultura com machismo, fazendo as mulheres sofrerem com a questão da violência, surgiu a Lei Maria da Penha, qual seja, Lei nº 11.340/2006, sendo considerada uma conquista importante. Desta forma, tal tema considera-se relevante tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito, justamente por tratar a respeito da realidade que milhares de mulheres enfrentam cotidianamente em seus lares no Brasil.

Portanto é necessário que haja uma leitura da supra Lei, observando-se, se esta, cumpre seu papel de coibir e prevenir que venha ocorrer tal violência, almejando-se que as mulheres possam finalmente, não ser mais vítimas da violência, discriminação e ofensas de todos os tipos.

Além disso, menciona-se que, para se ter um entendimento a respeito da violência doméstica e familiar, é importante que haja uma discussão aprofundada sobre a chamada “violência de gênero”. Edison Miguel (2008) denota que esta violência, baseia-se nas relações de poder existentes entre os homens e as mulheres, o que conseqüentemente, por conta da construção cultural, está mais delineada no sentido do homem praticar violência contra a mulher, apesar de existirem, mesmo que raramente, casos em que a mulher violenta outra mulher, ou o homem contra o outro homem.

Importante ressaltar também, que a violência doméstica não é caracterizada apenas por violência de forma física, mas que podem ocorrer casos em que há a violência sexual, patrimonial, psicológico e etc, onde serão brevemente debatidos no referencial deste projeto. Portanto, é evidente que estes acontecimentos ocorrem cotidianamente na vida de milhares de mulheres no âmbito da família, qual seja, a casa, espaço familiar, na qual deveria proporcionar maior segurança, por ser um lugar de proteção, passa a ser considerado um lugar de risco.

2 BREVE HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA

Como já disposto acima, Dias (2007) sustenta, que a tese de Platão influenciou uma sociedade como um todo, permeando a ideia que a mulher tinha uma alma

inferior a do homem, sendo, hoje em dia, uma justificativa plausível e científica sobre o homem se auto taxar como superior.

Nesse liame, Aristóteles, afirmou em sua leitura de mundo, que o conhecimento certamente é o maior alcance em relação ao ser humano. Desse modo, concebeu ao homem, um ser superior sobre o ser do sexo feminino, por acredita que a mulher em sua natureza, compunha-se pela emoção. Campos (2007) destaca, dessa forma, que alma naturalmente dominava o corpo, e com esse teor, o conhecimento sobre a emoção.

A partir dessa visão ultrapassado, e evidentemente, deturpada, o mundo desenvolveu-se ao longo dos milênios com esse tipo de pensamento, sendo culturalmente aceito o ser do sexo feminino ser subordinada e inferior ao homem, vigorando-se até hoje em dia. Dias (2007) complementa que o homem, a partir da sua agressividade, permite criar laços de ser superior em decorrência da sua virilidade.

Nesse sentido, na ausência de uma lei que pudesse coibir de forma sistemática e incisiva casos de violência no seio da família, contra as mulheres, diante da cultura machista, não se tinha, sequer uma saída para que estas pudessem se defender. Observa-se então, que a mulher sofrendo dentro de casa, através de violência, por conta do seu sexo, infelizmente não podiam gozar de uma vida com dignidade, haja vista, sentir-se repreendida e subjugadas.

Historicamente, ocorreu um processo lento e duradouro, para que a mulher pudesse pelo menos diminuir ou coibir os estereótipos que lhes eram impregnados, por ser do sexo feminino, aludindo-se, nesse contexto, tanto os valores quanto sua dignidade. De certo, no nosso país, a luta travada pelas mulheres tiveram um marco histórico, a partir da sanção da Lei Maria da Penha, consolidando-se os direitos das mulheres contra a repressão e a violência no âmbito familiar.

Dentre as influencias que fizeram que a Lei 12.340/2006 pudesse, ser de fato, sancionado e colocado em vigor no Brasil, tem-se a Conferencia Mundial realizada no México, tratando-se como questão principal a mulher, resultando-se nessa reunião, a confecção de mecanismos que tivessem, por objetivo principal, a eliminação da discriminação contra os seres do sexo feminino, vigorando-se essa ideia, a partir da década de 80, de acordo com Campo (2007)

A partir dessa reunião histórica, que se impulsionou fortemente as formas de reconhecer os direitos humanos de todas as mulheres, mesmo, que este resultado tenha ocorrido bem tarde. Menciona-se que no ano 1984, especificamente, o Brasil passou a fazer parte da dita Convenção, tornando-se, signatário, passando a formular

ideias concretas no sentido de estabelecer uma legislação que pudesse enfrentar de frente à violência doméstica.

Nesse contexto, Brasil então, ratificou essa Convenção, tendo abrigado este fórum no estado do Pará, em Belém, denominando-se como a Convenção de Belem, na década de 90. Mas, ressalte-se que apesar de todas essas iniciativas, o Poder Público não efetivou qualquer medida que tivesse o condão de proteger à mulher, eficientemente. Continuaram, portanto, desamparadas numa sociedade culturalmente machista.

Esse quadro mudou, diante do caso que envolveu Maria da Penha, uma cearense que durante seu casamento com Herédia, aprendeu a conviver com a agressividade deste, não podendo, sequer, separar, por medo das reações supervenientes, que poderiam ocorrer, em virtude desse querer.

Porém, na década de 80, mais especificamente o ano de 1983, Maria fora vítima de um incidente, através do tiro de uma arma deflagrando por seu companheiro à época, buscando seu assassinato. De sorte, não houve o resultado morte, mas, Maria, em decorrência desse fato, ficou paraplégica, irreversivelmente.

Casos como esses que aconteceu com Maria da Penha, evidentemente representa uma massa de mulheres que vivem na mesma situação, sendo vítimas de todo tipo de agressão e violência (será redigido ponto a ponto no decorrer do estudo), por seus maridos/companheiros.

Alguns dias, depois de tal incidente, com Maria já paraplégica, seu companheiro tentou matá-la novamente de forma brutal, eletrocutando-a no banheiro. Nesse caso, ocorreu apenas a tentativa, porém a partir dessas investidas frequentes de lhe agredir, Maria sinônimo da luta das mulheres contra a violência doméstica, buscou incessantemente seus direitos humanos.

Desse modo, o Ministério Público promoveu a denúncia, em relação ao caso específico, porém passando-se mais de 10 anos, nada fora realizado pela Justiça em relação a condenação do agressor, que encontrava-se em liberdade, ameaçando-a constantemente. Não obtendo êxito, em decorrência do tempo do processo, a vítima adentrou junto aos órgãos de cunho internacional de Direitos Humanos, pois observava-se claramente, a omissão do Estado, em aludir medidas que pudessem, proteger a vítima, e punisse o agressor.

O Poder Judiciário falhou nesse caso, omitindo-se por tantos anos, no sentido de penalizar o acusado, que claramente a violentava no âmbito familiar, por ser

mulher. Lamentavelmente, a vítima teve que buscar auxílio dos Órgãos Internacionais, para que suas denúncias fossem atendidas.

É importante mencionar, que neste episódio fático, Maria da Penha juntamente com Centro para Justiça e o Direito Internacional e Comitê latino-americano para a defesa do Direitos das Mulheres, ingressaram com um pedido junto à Comissão dos Direitos Humanos, em face do Estado Brasileiro, justamente pelo fato de não ter cumprido com aquilo que havia acordado em relação a violência contra a mulher no âmbito familiar.

Esta comissão então entendeu que realmente o Estado havia se omitido no caso, e dessa forma, acabou sendo responsabilizado, pois não atendeu aquilo que a Convenção de Belém regulamentava. Para melhor compreensão sobre o que o Estado Brasileiro se comprometeu, abaixo segue alguns itens para melhor identificação. Estes itens encontram-se na referida Convenção, e que, a propósito seria fundamentalmente imprescindível destacar nesse estudo. Partindo dessa premissa, elucidou-se de forma enumerada:

1. abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação;
2. atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
3. incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso;
4. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade;
5. tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas de tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas e consuetudinárias que respaldem a persistência ou tolerância da violência contra a mulher;

6. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos;
7. estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher objeto de violência tenha acesso efetivo a ressarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes;
8. adotar as disposições legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para efetivar esta Convenção.

O artigo 7º, com certeza, traz-nos amplos mecanismos que podem, simplesmente, ajudar de forma sistemática, todo um sistema para se diminuir a violência doméstica contra a mulher. Para tanto, observa-se que a denúncia realizada por Maria da Penha, não fora tão somente baseada neste artigo, evidencia-se então, a violação dos artigos 1º, 8º e 25º da Convenção dos Direitos Humanos, respectivamente elucidados abaixo:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano

Artigo 8º - Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o

comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 25º - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:
 - a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
 - b) desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
 - c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Esses artigos acima mencionados são indiscutivelmente fundamentais para todos os países, no sentido de garantir os direitos dos seres humanos, tanto do sexo feminino quanto do sexo masculino, tanto do negro quanto do branco, tanto do índio quanto do europeu, tanto do americano quanto do africano, tanto do pobre quanto do rico e etc. Por isso a sua citação, fundamentalmente necessário para aprendizagem de todos.

Voltando ao caso, Guimarães (2007) afirma, que o relatório emitido pela Convenção, intensificou ainda mais a luta para que houvesse mudanças radicais, tendo como consequência, a diminuição da discriminação contra a mulher no âmbito familiar, relacionados a violência. Assim, ocorreu uma recomendação, para que o Estado Brasileiro criasse mecanismos necessários para que se efetivasse àquilo que o mesmo se responsabilizou.

Dito isso, Lima (2008) dispõe que, com a intensificação do pedido, e da luta constante das mulheres, elaborou-se um projeto de Lei, que baseou-se no artigo 226, §8º da Carta Magna. Tendo como resultado, a Lei Maria da Penha, sancionada no ano 2006.

3 AS FORMAS DE VIOLÊNCIA FAMILIAR E DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Mirabete (2007), informa que,

Observando-se a Lei 11.340/2006, entende-se que a violência contra a mulher tipificada por esta, ocorre no momento em que ocorre, por ação ou omissão, qualquer tipo de violência, levando-se em conta gênero, e devendo ser praticada no âmbito da família e da convivência doméstica, ou até mesmo, na relação íntimo de afeto.

Analisando-se tal configuração, é interessante notar que esta frase “qualquer ação e omissão”, faz-nos entender que a Lei Maria da Penha não está preocupada com a causa, ou seja, para sua efetividade em busca da defesa da mulher, basta que haja a lesão, sofrimento psicológico, sexual, físico ou morte. Sendo assim, compreende-se que o objeto jurídico protegido pela supra lei é a integridade moral, física e econômica da mulher.

Importante mencionar que, o legislador criou um binômio para que seja protegido o objetivo, observando-se tanto o elemento formal quanto o elemento espacial, ou seja, para que haja a configuração da violência tipificada na supra Lei, é necessário que tenha ocorrido nos ambientes específicos, quais sejam, familiar e doméstico.

A mulher é considerada o sujeito passivo pela Lei, não amparando desta forma, pessoas jurídicas ou despersonalizadas, visto que, deve ser respeitado o critério espacial, tendo a violência que ocorrer no meio familiar e doméstica, que haja, efetivamente o convívio. (SOUZA, 2007).

No que refere ao sujeito ativo, entende-se que pode ser tanto o homem quanto a mulher, pois observa-se que a supra Lei, nos seus dispositivos, demonstra a palavra “agressor”, colocando-se como gênero, o que abrange, nesse sentido, tanto o sexo masculino como sexo feminino.

Adentrando a lei, especificamente o artigo 7º, nota-se que ocorre a menção de diversas formas de violências, como a violência psicológica, física, patrimonial, sexual e moral e entre outras. Analisando-se esse dispositivo, ressalta-se que a lei em estudo busca formas de combater não tão somente as violências que foram mencionadas, mas sim todo e qualquer tipo de violência que ocorra no âmbito familiar e doméstico.

3.1 VIOLÊNCIA FÍSICA

O inciso I do artigo 7º da referida lei, traz a conceituação da violência física, sendo entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade e saúde do corpo. Cunha (2007), exemplifica a violência física, apontando que ocorre através da força, resultando-se nos tapas, empurrões, socos, pontapés e etc, objetivando assim, a ofensa direta a integridade corporal da mulher.

Entende-se que a violência física se trata de uma conduta, na qual ofende fisicamente a saúde corporal da mulher. Assim, o agressor ao repelir a agressão utiliza-se de sua força física, visto que, possui superioridade nesse quesito em relação a mulher. Biologicamente falando, as mulheres são em tese, mais fracas que os homens. Dentre as agressões, destacam-se, os socos, empurrões e etc.

Nesse diapasão, Hermann (2008) observa inteligentemente que:

Quanto à integridade física, o conceito transcrito no inciso I do dispositivo é expresso em considerar violentas condutas que ofendam também a saúde corporal da mulher, incluindo, por consequência, ações ou omissões que resultem em prejuízo à condição saudável do corpo. (apud Martins, 2009)

Nesse sentido, Cavalcanti (2007) entende também em sua obra, que o fato de existir uma ação que proponha efetivamente acometer fisicamente a mulher através de chutes, queimaduras, tapas e etc, surge-se então a violência doméstica física contra a mulher.

3.2 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

Já no inciso II, do art.7º da Lei Maria da Penha, tem-se a conceituação da violência psicológica:

II- a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima 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 vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação;

Verificando-se o supra inciso, entende-se que a Lei, vem também, com o objetivo de tutela a saúde psicológica e autoestima da mulher. Trata-se de uma agressão emocional, onde pode ser considerado mais grave que violência física. Assim, exemplarmente, denota-se que no momento da agressão, o autor ameaça, humilha, rejeita e discrimina a vítima.

Schraiber (2005) ao escrever o livro “violência dói e não é direito: a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos” aduz que:

É bem conhecida a associação com ideias de suicídio e mesmo tentativas de suicídio. Estas ocorrem em quase metade das mulheres que pensam em fazê-lo. Além disso, sintomas como depressão, ansiedades, pesadelos e outros distúrbios do sono, bem como medos e pânico estão presentes

De acordo com Dias (2007), tem-se críticas da doutrina a respeito da violência psicológica, visto que pode ser aplicada a todo crime contra mulher, pois é notório que todo e qualquer crime gere um dano emocional à vítima.

Muitos doutrinadores acreditam que essa proteção específica a violência psicológica contra a mulher, fere os princípios, visto que, é forma discriminatória aos homens. Porém, Maria Bernadete Dias discorda desta opinião:

Ora, quem assim pensa olvida-se que a violência contra a mulher tem raízes culturais e históricas, merecendo ser tratada de forma diferenciada, até porque não ver esta realidade é que infringe o princípio da igualdade. A violência psicológica encontra forte alicerce nas relações desiguais de poder entre os sexos. É a mais freqüente e talvez seja a menos denunciada. A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciados. (DIAS, 2007, pg. 48).

Deve-se ter um tratamento diferenciado, não pelo fato do homem ser homem, e mulher ser mulher, mas sim, porque, os dados comprovam que na maioria das vezes, quem sofre a violência psicológica é a mulher. Desta forma, seria injusto se tratar de maneira igualitária, sendo que um, sofre significativamente mais que o outro, sendo, portanto, indispensável que haja uma proteção específica. Analisando-se de forma mais crítica sobre o significado do princípio da igual, nota-se que os iguais devem ser tratados de forma igual, assim como os desiguais devem tratados de forma desigual.

3.3 VIOLÊNCIA SEXUAL

Violência sexual é qualquer ato sexual ou tentativa de obtenção de ato sexual por violência ou coerção, comentários ou investidas sexuais indesejados, atividades como o tráfico humano ou diretamente contra a sexualidade de uma pessoa, independentemente da relação com a vítima. Então, caso o companheiro ou o marido venha a violentar sexualmente a mulher no âmbito doméstico, certamente a Lei Maria da Penha, utilizará de seus mecanismos na busca da punição, ou até mesmo da prevenção, caso haja apenas a iminência

No sentido de explicitar melhor, sobre tal violência, abaixo cita-se o entendimento de Cavalcanti (2007) sobre a respectiva violência:

A violência sexual se identifica com qualquer atividade sexual não consentida, incluindo também o assédio sexual. Sua ocorrência é bastante comum durante os conflitos armados, bem como em razão do tráfico internacional de mulheres e criança para fins sexuais ou pornográficos. (CAVALCANTI, 2007)

3.4 VIOLÊNCIA MORAL

O inciso III do artigo 7º da Lei Maria da Penha, aduz sobre a violência moral, na qual é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Assim, persiste evidentemente na hipótese em que algum familiar (comumente o marido ou companheiro nesses casos) em atingir a honra da mulher, tanto de forma subjetiva quanto de forma objetiva.

Menciona-se ainda, que os três itens que compõem a violência moral, encontra-se regulamento no próprio Código Penal, os quais são vistos, no artigo 138, 139 e 140, sendo respectivamente, a calúnia, difamação e injúria. A primeira refere-se quando imputa-se de forma falsa um fato definido como crime, atingindo a honra objetivamente. A segunda, refere-se ao fato ofensivo adstrita a sua reputação. Já a terceira, ao ato de desmoralizar, desestruturando psicologicamente a vítima,

3.5 VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

Encontra-se ainda, regulamentado no artigo 7º, no seu inciso IV, a violência patrimonial, a qual,

é entendida como 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.

Cavalcanti (2007) aduz que esse tipo de violência destina-se a atingir através de ação, diretamente contra o patrimônio que a mulher possui. Exemplo, tem-se hipoteticamente o fato de um mulher trabalhar em um Escritório de Advocacia, tendo em sua casa, documentos importantes para o exercício de sua função de assessora, e em decorrência de uma briga, na qual o marido não se conforma em ver a mulher trabalhando, pega os documentos e os destroem.

Para melhor explicitar sobre a questão dessa violência, Dias (2008), aduz que a Lei Maria da Penha,

reconhece como violência patrimonial o ato de “subtrair” objetos da mulher, o que nada mais é do que furtar. Assim, se subtrair para si coisa alheia móvel configura o delito de furto, quando a vítima é mulher com quem o agente mantém relação de ordem afetiva, não se pode mais reconhecer a possibilidade de isenção de pena. O mesmo se diga com relação à apropriação indébita e ao delito de dano. É violência patrimonial “apropriar” e “destruir”, os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, o crime não desaparece e nem fica sujeito à representação.

entendimento do supracitado autor, é exatamente permitir que haja o entendimento amplo da atitude do agressor, que não fica adstrito tão somente a questão da destruição de determinados objetivos, mas que, o fato de haver furto doloso, com intuito de prejudicar a mulher, é necessariamente atribuído também, como violência patrimonial

3 OS MECANISMOS CRIADOS PELA LEI 11.340/2006 PARA COIBIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

3.1 DAS MEDIDAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO

Tratando-se uma breve análise a respeito dos instrumentos que foram adotados pela Lei Maria da Penha, para que seja coibido a violência doméstica e familiar contra a mulher, é necessário que haja uma leitura sobre os artigos que apresenta tanto as medidas preventivas quanto o comportamento que as

autoridades devem ter mediante um caso. Assim, no artigo 8º da referida Lei, tem-se apresentação de uma serie de medidas que o Estado deve adotar.

Art. 8. A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não- governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-

governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

X - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, entende-se como medidas preventivas gerais, as quais denotam-se sobre a proibição que a mulher é observada como objeto de violência nos meios de comunicação; a implementação de delegacias que possuam um atendimento de forma específica e qualificada para a mulher.

Além disso, é importante que haja o conhecimento da referida Lei, então, para isso, é necessário que o Estado estude maneiras de propagar para sociedade, através dos meios de comunicação. Luiz Antonio Souza (2007) nos informa que o rol apresentado no supra artigo, é exemplificativo, ou seja, não tem-se o impedimento de que seja criado outras medidas.

Cunha (2007) destaca que a Lei criou um dispositivo legal a respeito da capacitação das autoridades policiais, para sejam qualificados para atender questões que envolvam o gênero no âmbito familiar e doméstico. Ele afirma que, tão somente a criação dessas delegacias especializados, ocorreu um avanço sistemático, porém é imprescindível que haja um treinamento com rigorosidade a estes agentes que vão exercer estas atividades.

A lei 11.340/2006, tem como uma de suas diretrizes, a questão da promoção de programas que tem por objeto, a propagação de conhecimentos sobre a dignidade humana. Cunha (2007) leciona que

Prevê este dispositivo a inserção, nos conteúdos programáticos de todos os níveis escolares, do ensino sobre direitos humanos, envolvendo, ainda, noções sobre a igualdade entre as pessoas

e a abordagem da violência contra a mulher. (CUNHA, 2007, pg.47).

3.2 DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Caso não haja a efetividade das medidas de prevenção, nos casos que envolvem a violência doméstica e familiar contra a mulher, será aplicado as medidas de repressão, sendo estas, elencado no artigo 9º da Lei Maria da Penha,

Art. 9. A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º. O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

§ 3º. A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual. (BRASIL, 2006)

Como observa-se acima nos parágrafos do artigo, a mulher tem proteção ate mesmo do vínculo trabalhista, pois, caso seja necessário o seu afastamento, poderá ficar fora do local de trabalho, até seis meses. Além disso, a autoridade policial pode tomar algumas providencias cabíveis, caso observe a iminência ou prática deste tipo de violência contra mulher no âmbito familiar e doméstico, de acordo com o art 10 da Lei Maria da Pena.

Medidas consideradas reagentes é justamente os parágrafos do artigo 9º aduzidos acima, quais sejam, inclusão das mulheres, de forma efetiva, em programas do governo de modo assistencial, afastar semestralmente as mulheres no sentido de as protegerem no âmbito do trabalho, a assistir qualificadamente a mulher, quanto a saúde.

Dias (2007) faz uma análise dos programas de cunho assistencial e o afastamento semestral, afirma que a inclusão, evidentemente, está ligada a um viés mais protetivo, e no âmbito do trabalho, quanto a licença, a servidora pública será tratada prioritariamente. Caso seja necessário seu afastamento do trabalho, a garantia de emprego permeia-se no prazo de 6 meses.

Aprofundando ainda mais o estudo, Souza (2007), ao referir-se especificamente sobre o inciso I do parágrafo 2, que dispõe sobre a remoção prioritária, traz como exemplo, notadamente a questão da funcionária ser lotada em determinado órgão, e por ventura, vier a sofrer violência no âmbito familiar do marido, pode requerer ao Poder Judiciária sua remoção para outro lugar, justamente para garantir sua integridade tanto fisicamente quanto psicologicamente. Nesse caso, é fundamental que haja a satisfação de seu requerimento, pois, caso contrária, haveria sim, violação ao dispositivo ora mencionado.

O mesmo autor, destaca também sobre a mulher ter direito ao tratamento de sua saúde com um tratamento qualificado, quando, claramente, sofrer violência no âmbito familiar. Tal configuração encontra-se respaldo no §3º do artigo 9º da Lei 11.340/2006, onde o referido autor observa que:

Prevê, em primeiro lugar, o amplo acesso da mulher, em situação de violência sexual doméstica e familiar, aos seguintes benefícios:

- c. 1) acesso às novas tecnologias para fins profiláticos e curativos concernentes à violência sexual.
- c. 2) direito a todo método contraceptivo de emergência, isto é, direito de evitar, de modo reversível e temporário, a

fecundação do óvulo por espermatozóide ou, quando há fecundação, que ocorra a nidação do ovo pelo meio que conhecemos hoje de “pílula do dia seguinte” com alta concentração hormonal.

c. 3) direito à profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis (DST), inclusive Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS), de forma que tem direito ao “coquetel de drogas” especialmente elaborada nesse sentido.

c. 4) direito a todo e qualquer procedimento médico, inclusive orientação, em caso de violência sexual. (apud Torres, 2009)

Cunha (2007) afirma, que nos casos, de violência sexual, a mulher terá direito a pílula do dia seguinte, ou qualquer outro método que seja contraceptivo de forma emergencial. Tal ocorrência, tem de ter ocorrido violentamente, como já dito acima sobre os tipos de violências existentes. Desse modo, caso ocorra tal situação, a mulher que ter total acesso a medicação.

Além disso, se porventura, durante a conjugação carnal que deu-se de forma violenta pelo marido, no âmbito familiar contra a mulher, tal contrair doenças sexualmente transmissíveis, o Poder Público deve, de acordo com Cunha (2007) adotar medidas que melhorem as condições daqueles que já são infectados, desenvolvendo, portanto, políticas para o tratamento adequado.

3.3 DO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Buscando-se aprofundar mais ainda a temática, referente a Lei Maria da Penha, a qual dispõe nos seus incisos direitos e mecanismos que devem ser adotados, para que seja a diminuição da violência no âmbito familiar, esse item surge justamente pra analisar a questão do atendimento realizado por uma autoridade policial. Desse modo, cita-se abaixo o artigo 10 da referida lei, que dispõe a respeito da providências:

Art.10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis. Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida. (BRASIL, 2006)

Analisando-se o que fora explanado no supracitado artigo, observa-se que é fácil a constatação que tem-se a violência, porém nos casos em que tem-se tão somente a iminência sem ao certo quando possivelmente ocorrerá a violência doméstico no âmbito familiar contra a mulher, realmente fica uma situação difícil para que a polícia possa agir de forma efetiva, podendo agir, porém, nos casos em que houver concretamente a ameaça, sequestro e cárcere privado.

Andrade (2007) aduz que a Lei 12.340/2006 permitiu que a autoridade policial, através de sua formação, pudesse participar ainda mais no atendimento à mulher que sofresse violência no âmbito familiar, sendo mais protetivo e zeloso.

Menciona-se também, o artigo 11 da referida Lei que dispõe:

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

O supracitado artigo, busca justamente analisar quais as providências serão tomadas, quando a autoridade policial deparar-se com um caso de violência doméstica contra a mulher. Dentre as alternativas observadas acima, tem-se a garantia da proteção policial, onde a autoridade, pode, quando acredita ser necessário pelas circunstâncias do caso, encaminhar de forma imediata ao Ministério Público e também ao Poder Judiciário, para que sejam tomadas certas iniciativas que visem a proteção da mulher.

Souza (2007) reitera que, nesse caso específico, não há necessidade sequer do início das investigações, agindo-se imediatamente, assim que houver indícios

suficientes de violência doméstica, ou em eminência, quando comprovada as constantes ameaças.

A autoridade policial, ao se deparar com situações como estas, deve também, de acordo com o supracitado artigo, encaminhar, imediatamente, a vítima da violência à um hospital. O mesmo autor destaca que, nesse caso, a autoridade deve apoiar em seu restabelecimento. Tendo sido comprovadamente violentada no âmbito familiar, e esta ao dirigir-se a Delegacia, a autoridade policial, ao deparar nesse casos, deve acompanhar a vitima até sua casa, para buscar eventuais pertences.

Cunha (2007), observa que, a mulher por ser mais fraca fisicamente, e por já ter corajosamente ter se dirigido à autoridade policial (pois sabe-se que mesmo com toda a disposição de mecanismos para que isso não ocorra, infelizmente é comum que as mulheres tenham medo de denunciar), esta deverá ser acompanhada quando for buscar seus objetos pessoais.

Ressalte-se também o art. 12, da referida lei, a qual dispõe que sobre o que autoridade policial deve adotar, após ser realizado a ocorrência:

Art.12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a

existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

§ 2º. A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde. (BRASIL, 2006)

Verifica-se nesse artigo, um rol de medidas que devem ser adotadas, nos casos de violência doméstica, dentre as quais destacam-se a questão do prazo de 48 horas, que a vítima pode requerer para que seja protegida de novos incidentes. A autoridade policial também, deve ouvir o agressor, no sentido de esclarecer melhor o acontecimento, junto, claro, das testemunhas que eventualmente tenham presenciado tal situação.

Além disso, como de praxe, a autoridade policial tem o dever de recolher todas as provas, tanto materiais quanto testemunhais e etc, para que seja possível esclarecer o fato, de forma minuciosa, concreta e confiável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo permitiu-nos analisar de forma breve e concisa sobre a Lei Maria da Penha, abordando itens como o contexto histórico das lutas das mulheres por melhores condições, a violência doméstica comumente associada a cultura machista impregnada na sociedade durante os séculos, e sobre a Lei especificamente em si, tratando exaustivamente sobre os tipos de violência tipificados, atendimento da

autoridade policial ao deparar-se com casos dessa natureza, e também, os mecanismos adotados pela própria legislação.

É evidente que o trabalho, atingiu o objetivo proposto, justamente porque, aduziu-se pertinentemente dados concretos sobre a taxa de violência de antes e depois da referida lei, a qual verificou-se que apesar do aumento ainda ser crescente, poderia ser bem pior, caso não houvesse tal legislação infraconstitucional.

No mais, a pesquisa foi de suma importância para o meio acadêmico e também para a sociedade, justamente por permitir que houvesse uma análise mais acentuada e inteligente da pertinência dessa Legislação, a qual, tornou-se um marco na luta das mulheres contra a violência doméstica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei n .11.340 de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 02 de maio 2018.

CAMPOS, A. A. S. A lei Maria da Penha e a sua efetividade. Monografia. Curso de Especialização em Administração Judiciária. Universidade Estadual do Vale do Aracáú. 2008. Disponível em: . Acesso em: 20 maio de 2018

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica.** Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo. Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

GIL, Antônio Carlos, Como elaborar projetos de pesquisa/Antônio Carlos Gil. - 4. ed. - São Paulo : Atlas, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Dos Crimes contra a pessoa - 7 edição rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2005 .(Coleção sinopses jurídicas) vol. 8

GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha, Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal.** Salvador: Jus Podivm, 2007.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com Nome de Mulher.** Campinas: Servanda, 2007.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **A Renúncia das Vítimas e os Fatores de Risco à Violência Doméstica: da Construção à Aplicação do artigo 16 da Lei Maria da Penha.** Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini . **Manual do direito penal II:** parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 24. ed. Rev. E . atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** São Paulo, RT: 2006.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública. O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** São Paulo: Almedina, 2007.

SILVA, Junior Edison Miguel da. **A violência de gênero na Lei Maria da Penha .** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/26/2926>. Acesso em: 23 abril.2018

SOUZA, Luiz Antônio de, Kümpel, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006.** São Paulo: Método, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006.** Curitiba: Juruá, 2007.

NOTAS:

[1] Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

DA POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI Nº 8213/91 NAS APOSENTADORIAS CONCEDIDAS PELO INSS EM MODALIDADE DIVERSA DA INVALIDEZ

BRENA JACINTO TOSTA:

Bacharelada em Direito.
Faculdade de Direito de Cachoeiro
de Itapemirim - FEVIT

BERNARD PEREIRA ALMEIDA

Professor Orientador – FDCI

RESUMO: O presente artigo aborda sobre o acréscimo na aposentadoria para fins de contratação de terceiro, para ajuda de suas necessidades no caso de invalidez e a dificuldade de adequação em casos divergentes de invalidez, que se mostra insensível em relação ao tema. Em consequência disto, cabe uma análise sobre a possível aplicação em outros casos, com base no princípio da isonomia, princípio da dignidade da pessoa humana. Os Planos de Benefícios da Previdência Social encontram-se na lei 8.213/91, no qual estabelece em seu art. 45 que todo segurado aposentado por invalidez que necessitar de ajuda da assistência permanente de um terceiro, poderá receber um acréscimo de 25% no valor de seu benefício. O aposentado que obterá o benefício por invalidez, quando for declarado dependente do auxílio de outra pessoa para realizar as atividades corriqueiras poderá usufruir do acréscimo legal, enquanto que os demais segurados aposentados não terão direito a este aumento. O fato é que a garantia estabelecida pelo legislador não está consubstanciada exclusivamente no tipo de aposentadoria, mas na condição de invalidez do segurado.

PALAVRA-CHAVE: Previdência Social. Concessão de Benefício. Aposentadoria por Invalidez. Acréscimo de 25% para dependente de terceiros.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo dissertar sobre a possibilidade de extensão do acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei nº 8213/91, nas aposentadorias concedidas pelo INSS em modalidade diversa da invalidez. A reaposentadoria ou nova aposentadoria é um benefício que é formado apenas com as contribuições destinadas ao INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, após a primeira aposentadoria. Esta reaposentadoria é vantajosa apenas para aquelas pessoas que se aposentaram por tempo de contribuição muito cedo, e foram

afetadas fortemente pelo fator previdenciário, e, concomitantemente, contribuíram ou continuam contribuindo com o INSS durante 15 anos ou mais.

A previdência social é um seguro que garante a renda do contribuinte e de sua família em casos de doença, acidente, gravidez, prisão, morte e velhice. São vários benefícios, que juntos garantem tranquilidade quanto ao presente e em relação ao futuro promove uma garantia mínima de rendimento seguro. Existem diversas formas de aposentadoria no Brasil; atualmente o sistema previdenciário brasileiro, conta com três categorias: Regime Geral da Previdência Social, Regimes Próprios de Previdência Social e Previdência Complementar.

O artigo 45 da Lei 8123/91 dispõe a possibilidade de concessão do acréscimo pecuniário em 25% no benefício dos aposentados pelo INSS na modalidade da invalidez. O tema é relevante dentro do âmbito do Direito Previdenciário, uma vez que, refere-se ao conhecimento sobre a Revisão da invalidez, sob o âmbito do art. 45 da Lei nº 8213/91, em aposentadorias concedidas pelo INSS, verificando se há possibilidade de acréscimo financeiro para além da modalidade de invalidez.

Em outras palavras, o aposentado por invalidez, que for declarado dependente de auxílio de um terceiro na realização de atividades do cotidiano haverá de ser beneficiado com um acréscimo pecuniário da ordem de 25%. Cabe ainda registrar que a aposentadoria por invalidez é um benefício previdenciário por incapacidade concedido ao segurado que, em razão de alguma moléstia ou incapacidade, não pode mais exercer atividades laborativas de maneira total e definitiva. Contudo, o segurado deverá observar os requisitos normativos para que lhe seja concedido o benefício.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

No Brasil, desde a época do império, a previdência já existia no meio da sociedade. No decorrer dos tempos, especificamente no ano de 1923, com a Lei Eloy Chaves - Decreto Legislativo n 4.682/1923- o país passou por um marco histórico jurídico com a atuação do sistema previdenciário, que era composto pelas Caixas de Aposentadorias e Pensões. Esta Lei, tratava das CAPS das empresas ferroviárias, uma vez que seus sindicatos eram organizados e possuíam maior poder de pressão política.

No ano de 1930, com o crescimento da população, o sindicato também cresceu levando a uma maior organização previdenciária por grau profissional, no qual fortaleceu as instituições de previdência, onde foram assumidas pelo Estado, nascendo, desta forma, os institutos de Aposentadorias e Pensões. Já na década de 70, as inovações relevantes aconteceram na legislação previdenciária, disciplinadas

por vários documentos legais, nascendo a necessidade de reunião, onde ocorreu com a Consolidação das Leis Previdência Social, por meio do decreto n 77.077. Após, foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, foi instituído no ano de 1990, durante o governo de Fernando Collor de Melo, através do Decreto n 99.350, com a junção do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social e o Instituto Nacional de Previdência Social, como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social.

O INSS tem a competência sobre a operacionalização do reconhecimento dos direitos dos beneficiados do Regime Geral de Previdência Social. A Constituição Federal, vela em seu artigo 201, que a organização do RGPS, que tem caráter de contribuição e de filiação, onde se enquadra a atuação do INSS. Portanto, se caracteriza como uma organização pública prestadora de serviços previdenciários para a sociedade.

2. 1 Aposentadoria por invalidez

O benefício primórdio previsto no Brasil foi a aposentadoria por invalidez. A Constituição de 1891, em seu artigo 75, apresentou o direito a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos que se tornassem inválidos por causa do serviço prestado ao país. Desta maneira, a importância do benefício foi reconhecida desde a primeira constituição promulgada no Brasil. Destaca-se que a previsão da Constituição de 1891 era introdutória, pois não protegia a todos trabalhadores, nem exigia em contrapartida do segurado, sendo inclusive tal dispositivo excluído da história da previdência (ALENCAR, 2016).

Segundo Kertzman (2015), a aposentadoria por invalidez tem o objetivo de amparar o segurado que foi considerado incapaz para o trabalho e não pode ser reabilitado para uma atividade que lhe garanta subsistência. Este será pago durante o período em que a pessoa permanecer nessa condição. Contudo, o requisito importante para a concessão da aposentadoria por invalidez ou incapacidade permanente para exercer trabalho ou atividade habitual e a carência para que o segurado possa receber tal aposentadoria é de 12 contribuições mensais.

Atualmente, o benefício da aposentadoria por invalidez tem previsão legal no artigo 42 da Lei 8.213/91, seu fundamento se apresenta sólido, uma vez que a proteção contra a invalidez tem previsão expressa no artigo 201, inciso I, da Constituição Federal de 1988. A CF/88 tem por objetivo, atender às necessidades básicas do cidadão, garantindo proteção ampla contra viabilidades sociais. Correia (1948) dispõe que a proteção previdenciária prevista no texto constitucional é uma

regra de proteção social mínima, isto é, o legislador infraconstitucional pode criar novos benefícios por lei ordinária. Desta forma, não poderia ocorrer diminuição ou supressão da proteção social mínima prevista na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o artigo 42 da Lei 8.213/91 tem a finalidade de delimitar e especificar a forma que ocorrerá a proteção contra a invalidez na previdência social, destacando que uma vez que a aposentadoria por invalidez for cumprida, e a carência for comprovada, sendo beneficiário ou não de auxílio-doença, será devido ao segurado enquanto permanecer na condição no qual se encontra.

Destarte, a aposentadoria na modalidade por invalidez protege o segurado contra a perda permanentemente a capacidade laborativa, comprovada por perícia médica oficial. Tratando-se de um benefício de caráter substitutivo da renda do segurado que precisará do benefício para manter suas despesas e de sua família. Dias (2014) coloca que ao dispor a Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social, não apenas se garantiu a proteção contra a invalidez, mas também estabeleceu um adicional pecuniário para aposentado por invalidez que necessitasse de assistência permanente de terceiros.

É nesse contexto que temo o artigo 45 da Lei 8213/91, que prevê o acréscimo de 25% na aposentadoria por invalidez para “o segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa”. Este acréscimo tem o fundamento na Constituição Federal e tem por princípio garantir a prevalência da dignidade e igualdade, por meio do acesso a todos os direitos sociais fundamentais.

2.2 Princípios Aplicáveis no Direito Previdenciário

O direito previdenciário é norteado por princípios fundantes, que lhe garantem autonomia e especificidade. O primeiro princípio destaca a dignidade da pessoa humana, dando seguimento a precedência da fonte de custeio. É importante destacar que o princípio da isonomia é bastante utilizado nos julgados e fundamentado pelos magistrados. Portanto, é necessário registrar a existência destes princípios, tendo em vista que os mesmos serão base para argumentação que visa a concessão do acréscimo de 25% nas aposentadorias concedidas pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

Adiante encontramos o princípio da solidariedade, que tem como escopo a contribuição em favor dos mais excluídos, tendo como principal objetivo o propósito de manter o sistema previdenciário ativo e suficiente para atender as necessidades de quem contribuiu, assim, e quando a hora de se aposentar, em casos previstos em lei, bem como quando nascer a necessidade de necessitar de algum auxílio previdenciário, por exemplo, o auxílio-doença, este princípio pretende,

solidariamente repartir o peso das obrigações, protegendo todos os membros da sociedade. Observa-se o que Lazzari, diz a respeito da proteção dos segurados:

Assim, como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário (LAZZARI *et. al.* 2015).

Desta forma, entende-se que os indivíduos que pertencem a esta sociedade devem contribuir para com o financiamento do sistema previdenciário, uma vez que essa contribuição é obrigatória para todas os trabalhadores que possuam vínculos laborais; contudo, o sistema previdenciário brasileiro admite ainda a contribuição facultativa, que se opera quando o contribuinte efetua o pagamento após realizar o cadastro junto a Previdência Social, e assim tendo os direitos previdenciários na condição de segurado. Os direitos do segurado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) dizem respeito ao próprio segurado, quando por exemplo da concessão de auxílio-doença, aposentadorias, e também para terceiros na condição de dependentes, no caso das pensões.

Repisando a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, que está previsto na Constituição Federal de 1988, temos que este princípio abrange a todos os demais, eis que o indivíduo com sua dignidade respeitada detém condições plenas de se desenvolver e ser útil para a sociedade.

Silva (2014), em sua Doutrina leciona que princípio da dignidade da pessoa humana pode ser conceituado como o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em mais de uma concepção. Assim, afirma-se que a aplicação desse princípio tem o objetivo de diminuir as desigualdades existentes entre os elementos da sociedade e permitir que o corpo social, respeitado em sua essência, possa progredir em harmonia.

O princípio da precedência da fonte de custeio se encontra no artigo 195, §5, da Constituição Federal de 1988. Seu conteúdo expõe que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.

In casu, ante todo o arcabouço principiológico citado, vislumbra-se que quando cotejando todos os princípios previdenciários em seu conjunto, a possibilidade do pagamento do acréscimo de 25% para os indivíduos que necessitam

e comprovam a imperiosidade do auxílio de terceiros encontra eco Constitucional (BRASIL, 1988).

2.3 Do acréscimo de 25% nas demais aposentadorias

Por conseguinte, constata-se que a sociedade precisa em algum grau de amparo social (seja propriamente de espectro assistencialista ou mesmo previdenciário). Para que isso ocorra, o Governo Federal disponibiliza vários programas, podendo ser citado o Bolsa família, entre outros.

A Seguridade Social, através do INSS, tem como objetivo proteger e assegurar aos que dela necessitam diversas prestações e serviços como o benefício social conhecido como Benefício de Prestação Continuado (BPC) ou LOAS, e aos segurados da previdência social, mediante contribuição, que com o decorrer do tempo, poderão receber aposentadorias por tempo de contribuição, por idade, ou até mesmo por invalidez (BAUERMANN; GOUVEIA, 2016).

Contudo, há uma diferença entre aposentadoria por invalidez e as outras aposentadorias. Essa particularidade ressalta-se quando se observa de forma mais delicada os direitos de um benefício em relação aos outros e trata-se justamente do acréscimo de 25% no valor do benefício da aposentadoria por invalidez, independente se esse benefício já esteja limitado ao teto previdenciário.

O acréscimo de 25% se encontra respaldado no artigo 45 da Lei 8213/91, onde expressa que o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que carecer de amparo permanente de um terceiro terá o direito, desta forma, ao acréscimo em sua aposentadoria. *In verbis*.

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo: a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal; b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado; c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão (BRASIL, 1991).

Portanto, diante de expressa determinação legal, este benefício só atinge aqueles segurados aposentados por invalidez. Alguns exemplos, entre vários, que podemos mencionar que, em tese, caberiam a concessão de aludido acréscimo são aqueles que se encontram permanentemente incapacitados de se locomover

– paralíticos e tetraplégicos -, os doentes mentais, e até mesmo deficientes físicos que não tem condições de prover seus cuidados básicos sem ajuda de uma terceira pessoa.

Destaca-se que este adicional se dá no momento da concessão do benefício previdenciário. O decreto 3048 de 1999, em seu Anexo I, elenca de maneira exemplificativa uma série de situações em que o aposentado por invalidez, terá direito ao acréscimo. Senão vejamos:

1 - Cegueira total. 2 - Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta. 3 - Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores. 4 - Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível. 5 - Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível. 6 - Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível. 7 - Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social. 8 - Doença que exija permanência contínua no leito. 9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária (BRASIL, 1999).

À vista disso, jurisprudências e decisões já pacificaram entendimento ao afirmar que esse rol é apenas exemplificativo, como referido, não restringindo o deferimento do benefício à somente as hipóteses que se encontram no decreto.

Interessante notar a manifestação concreta da jurisprudência pátria problematizando a questão. Foi assim que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, concedeu que o acréscimo de 25% ao benefício de um aposentado no Regime Geral da Previdência Social que, posteriormente à concessão da sua aposentadoria, no qual necessitava da ajuda permanente de outra pessoa:

PREVIDENCIÁRIO. ART. 45 DA LEI DE BENEFÍCIOS. ACRÉSCIMO DE 25% INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. NATUREZA ASSISTENCIAL DO ADICIONAL. CARÁTER PROTETIVO DA NORMA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESCOMPASSO DA LEI COM A REALIDADE SOCIAL. 1. A possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, em caso de este necessitar de assistência permanente de

outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. 2. A doença, quando exige apoio permanente de cuidador ao aposentado, merece igual tratamento da lei a fim de conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo preceitua o art. 201, inciso I, da Constituição Federal. 3. A aplicação restrita do art. 45 da Lei nº. 8.213/1991 acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, por tratar iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental. 4. O fim jurídico-político do preceito protetivo da norma, por versar de direito social (previdenciário), deve contemplar a analogia teleológica para indicar sua finalidade objetiva e conferir a interpretação mais favorável à pessoa humana. A proteção final é a vida do idoso, independentemente da espécie de aposentadoria. 5. O acréscimo previsto na Lei de Benefícios possui natureza assistencial em razão da ausência de previsão específica de fonte de custeio e na medida em que a Previdência deve cobrir todos os eventos da doença. 6. O descompasso da lei com o contexto social exige especial apreciação do julgador como forma de aproximá-la da realidade e conferir efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência funciona como antecipação à evolução legislativa. 7. A aplicação dos preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência assegura acesso à plena saúde e assistência social, em nome da proteção à integridade física e mental da pessoa deficiente, em igualdade de condições com os demais e sem sofrer qualquer discriminação (BRASIL, 2016).

Em igual sentido temos:

PREVIDENCIÁRIO. ACRÉSCIMO DE 25% SOBRE O BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE

CONTRIBUIÇÃO. ART. 45 DA LEI Nº 8.213/91. ACRÉSCIMO DEVIDO. 1. Esta Décima Turma, passou a decidir que os segurados que comprovem a incapacidade total e permanente e careçam do auxílio de terceiros para a realização de tarefas inerentes ao seu cotidiano, fazem jus ao adicional de 25%, ainda que estejam em gozo de benefício de aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, uma vez que a norma tem finalidade protetiva e o acréscimo reveste-se de natureza assistencial, o que atrai a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), para a seara da concessão dos benefícios previdenciários. 2. A propósito, confira-se ainda precedente em que a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais concluiu que a parte autora faz jus ao adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o seu benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. 3. Nesse passo, o conjunto probatório carreado nos autos concluiu que a autora, está total e permanentemente incapacitado e necessita da ajuda permanente de terceiros para os atos da vida diária, de modo que é devido o acréscimo previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91, no benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a data do requerimento administrativo, acrescido de juros de correção monetária. 4. Apelação da parte autora provida (BRASIL, 2020).

Entende-se, então, que não pode haver divergência para a concessão do acréscimo de 25%, tanto para aposentadoria por invalidez, quando para qualquer outra modalidade de aposentadoria, contanto que seja comprovada a indispensabilidade de cuidado permanente de uma terceira pessoa, haja vista que qualquer interpretação diferente afrontaria a dignidade da pessoa humana, pois colocaria em risco a garantia das condições existências mínimas do indivíduo (JUNIOR, 2014).

Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2018, na primeira Seção, decidiu que, após comprovada a necessidade de assistência permanente de terceiro, o segurado tem o direito ao referente acréscimo de 25%, em todas as modalidades de aposentadoria, não se perdendo somente em caso de grande invalidez. No julgamento do benefício, a Primeira Seção, acentuou que após a morte

do beneficiário, este pagamento será cessado, ou seja, não há incorporação da benesse legal à eventual pensão por morte.

Mais adiante o s mesmo Superior Tribunal de Justiça talhou o Tema Repetitivo de número 982, que dispõe que quando “comprovada a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, a todas as modalidades de aposentadoria”. O Ministro da Fazenda, entende que é um gasto imoderado, gerando uma repercussão econômica, no qual leva cerca de R\$ 7,15 bilhões por ano.

Todavia, no ano de 2019, por voto unânime, o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de INSS para suspender a decisão proferida em agosto de 2018 na qual o STJ havia entendido que o pagamento do adicional de 25% seria necessário a todos os aposentados que necessitam de cuidados e assistência para as práticas do dia a dia. A Ação surgiu quando uma beneficiária de aposentadoria por idade e pensão por morte, tencionava obter o acréscimo de 25% pela necessidade de ter uma cuidadora. O juízo de primeiro grau, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o INSS ao pagamento do adicional, tem em vista o reconhecimento da grande invalidez, apenas sobre o benefício de aposentadoria por idade.

Ao depois o STJ tornou público, alinhando sua posição ao do STF que “a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento realizada em 27/02/2019, determinou a suspensão, em todo o território nacional, “de ações judiciais individuais ou coletivas e em qualquer fase processual, que tratam sobre a extensão do pagamento do adicional de 25% não relacionada às aposentadorias por invalidez. (Pet 8002, 1ª Turma do STF, na sessão de julgamento de 27/2/2019)”.

3 METODOLOGIA

Quanto a natureza a ser empregada é a básica, haja vista que o objetivo é adquirir conhecimentos de um tema, sem ter uma aplicação prática prevista, pois determina um uso prático para as descobertas feitas pelas pesquisas puras. Envolve-se, ainda, o conhecimento de diversas fontes, visando uma utilidade social. Este meio de pesquisa intenta a aplicação prática e a solução de problemas que envolve objetivo anteriormente definidos (MEZZARROBA, 2017).

No que se refere ao método de pesquisa a ser aplicado no presente projeto é a quanti-qualitativa, pois este representa tudo aquilo que pode ser medido. Portanto, a pesquisa presta a medição e esta, obviamente, é interessante para o resultado final da investigação. No que se refere a qualitativa, observa-se que não pode ser medida, mas trata-se de elementos da realidade e dos sujeitos, este método

se refere ao caráter exploratório, em razão dos dados a serem levantados, de forma que apresente um resultado exato (LAKATOS; MARCONI, 1987).

Quanto ao objetivo, o método a ser aplicado refere-se a descritivo, haja vista que este se relaciona mais com o projeto, por descrever as características de uma população, ou de um fenômeno. Esse tipo de pesquisa estabelece relação entre as variáveis no objeto de estudo analisados. Variáveis relacionadas a classificação, medida, ou quantidade que se pode alterar mediante processo realizado.

O perfil desse tipo de pesquisa é altamente descritivo, o investigador pretenderá sempre obter o maior grau de correção possível em seus dados, assegurando assim a confiabilidade de seu trabalho. Descrição rigorosa das informações obtidas é condição vital para uma pesquisa que se pretenda quantitativa (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017).

Por fim, o uso da coleta de dados também contará com o material bibliográfico, segundo Lakatos e Marconi (1987), este revisa as teorias que norteiam o método de pesquisa e conta com artigos publicados em revistas, jornais, monografias, teses, entre outros materiais que disponibiliza a ser consultados e utilizados como base bibliográfica, tendo como objetivo ter contato com o material já escrito.

4 RESULTADOS

Pondera-se diante do estudo empreendido que a reaposentadoria é um novo benefício que é formado apenas com as contribuições destinadas ao INSS, e que após a primeira aposentadoria o segurado continua contribuindo com a previdência social. O segurado que for aposentado por invalidez, que comprovar necessidade, com laudos médicos, que necessita de uma terceira pessoa para a vida independente terá direito ao acréscimo no salário de benefício no importe de 25%, mesmo que este valor ultrapasse o teto dos benefícios pagos pela previdência social.

Entretanto, entre os anos 2018 e 2019, ocorreram duas decisões que abarcam esse benefício, discutindo a divergência que todos os aposentados teriam direito a esse aumento na aposentadoria. O Superior Tribunal de Justiça, entende que esse adicional de 25% deve ser pago a todo aposentado que precise de ajuda permanente de outra pessoa. O recurso repetitivo – Tema 982, fixou a tese de que quando comprovada a necessidade, o segurado faz jus ao benefício.

Há entendimentos do ano de 2020, no qual se vê que ao ser comprovada a necessidade de amparo permanente de terceiro, é devido o acréscimo na

aposentadoria. É o entendimento o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Observe:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ACRÉSCIMO DE 25%. Comprovada a necessidade de acompanhamento permanente de terceiros para os atos da vida diária, é devido o acréscimo de 25% sobre a prestação da aposentadoria por invalidez, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, independentemente de requerimento administrativo (BRASIL, 2020).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal prolatou decisão em sentido oposto, de caráter restritivo à concessão do adicional de 25% a todos os aposentados, a pedido do INSS, ao argumento de que isso acarretaria problemas de custeio.

5 CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, conclui-se que no ano de 2018, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o adicional de 25% seria aplicável para todos os aposentados que necessitam de auxílio permanente de terceiros. O STJ argumenta que diante do artigo 45 da Lei 8213/1991, desde que comprovada a necessidade de assistência permanente, esse acréscimo é devido. Durante o julgamento, a Ministra Relatora Regina Helena Costa, destacou que a situação de vulnerabilidade e necessidade de amparo poderá acontecer a qualquer momento.

A primeira turma do STF – Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, suspendeu a decisão anterior do STJ, ao argumento de a dilatação do mencionado adicional elevaria as despesas com o pagamento de benefícios previdenciários e assistências.

Assim, diante das normas constitucionais vigentes, bem como os posicionamentos jurisprudenciais progressistas que se atentaram para a extensão do direito ao adicional de 25%, espera-se que o Supremo Tribunal Federal no momento em que decidir sobre a questão considere o princípio da dignidade humana e reafirme a posição do STJ.

Por fim, anseia-se que esta pesquisa encontre eco no âmbito acadêmico e social, já que a questão aqui abordada é de profundidade política, econômica e, sobretudo social, afetando a vida de milhões de pessoas.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Seguridade Social**. Valinhos: 2016.

BATISTA, Flávio Roberto. **Benefícios Previdenciários por incapacidade no regime geral de previdência social**. Universidade de São Paulo. São Paulo-SP.2008. Disponível

em:https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/337487/mod_resource/content/1/Texto%20aula%204%20-%201.pdf. Acesso em 23 de julho de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de julho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 15 de julho de 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL : AC 5005166-85.2015.4.04.7102 RS 5005166-85.2015.4.04.7102**. Quinta Turma. Julgamento 20 de março de 2018. Relator Luiz Carlos Canalli. **JusBrasil**. Disponível em:<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561299192/apelacao-civel-ac-50051668520154047102-rs-5005166-8520154047102?ref=serp>. Acesso em 19 de julho de 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL : AC 0006463-23.2016.404.9999 RS 0006463-23.2016.404.9999**. Quinta Turma. Julgamento 29 de novembro de 2016. Relator Rogério Favreto. **JusBrasil**. Disponível em:<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415310688/apelacao-civel-ac-64632320164049999-rs-0006463-2320164049999>. Acesso em 20 de julho de 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL : AC 5010207-33.2019.4.04.9999 5010207-33.2019.4.04.9999**. Turma Regional Suplementar do PR. Julgamento. 17 de março de 2020. Relator. Luciane Merlin Clève Kravetz. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/823123894/apelacao-civel-ac-50102073320194049999-5010207-3320194049999?ref=serp&s=paid>. Acesso em 20 de julho de 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL : Ap 00400563620174039999 SP. Órgão Julgador. Décima Turma. Julgamento. 03 de Abril de 2018. Relator. Desembargadora Federal Lúcia Ursaia**. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566556707/apelacao-civel-ap-400563620174039999-sp/inteiro-teor-566556719>. Acesso em 23 de julho de 2020.

BAUERMANN, Djorgenes Raul; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Da possibilidade de extensão do acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei nº 8213/91 nas aposentadorias concedidas pelo INSS em modalidade diversa da invalidez, conforme entendimento jurisprudencial.** Revista Âmbito Jurídico. Rio de Janeiro. Agosto de 2016. Disponível em:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/da-possibilidade-de-extensao-do-acrescimo-de-25-previsto-no-art-45-da-lei-n-8213-91-nas-aposentadorias-concedidas-pelo-inss-em-modalidade-diversa-da-invalidez-conforme-entendimento-jurisprudencial/>>. Acesso em 20 de julho de 2020.

DIAS, Flávia Aparecida. **Concessão do acréscimo de 25% da aposentadoria por invalidez na aposentadoria por idade.** Conteúdo Jurídico. Brasília-DF. 06 de setembro de 2014. Disponível em:www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49791&SEO=1>. Acesso em 29 de julho de 2020.

JUNIOR, Waldemar Ramos. **Aumento de 25% do valor da Aposentadoria por Idade e tempo de contribuição para quem necessita de cuidados de terceiros.** JusBrasil. São Paulo. Julho de 2014. Disponível em:<https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/114682819/aumento-de-25-do-valor-da-aposentadoria-por-idade-e-por-tempo-de-contribuicao-para-quem-necessita-de-cuidados-de-terceiros#:~:text=Direito%20Administrativo-,Aumento%20de%2025%25%20do%20valor%20da%20Aposentadoria%20por%20Idade%20e,necessita%20de%20cuidados%20de%20terceiros&text=O%20artigo%2045%20da%20Lei,assist%C3%AAncia%20permanente%20de%20outra%20pessoa%22>. Acesso em 17 de julho de 2020.

Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em 16 de julho de 2020.

LAZZARI, João Batista *et. al.* **Prática processual previdenciária: administrativa e judicial.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 5 edição. Editora Atlas. São Paulo, 2003. Disponível em:http://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india/view. Acesso em 15 de julho de 2020.

MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** Saraivajur. 7.ed. São Paulo, 2017. Disponível

em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218737/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em 15 de julho de 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos Santos; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Previdenciário Esquemático**. 9.ed., São Paulo, Saraiva, 2019

SILVA, Gustavo Rosa da. **A extensão do adicional de 25% (Art. 45, parágrafo único da lei n. 8.213/91) para as demais aposentadorias**. Conteúdo Jurídico. Brasília-D. 04 de dezembro de 2014. Disponível em:www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51134&seo=1. Acesso em 23 de julho de 2020.

FRAUDE NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: A EFETIVIDADE DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS PARA O ACESSO DE ESTUDANTES NEGROS.

LUIS ALBERTO MARQUES PINHEIRO:

Bacharel em Direito. Atualmente pós graduando em: Direito tributário e constitucional pela (UNIFACS), Direito processual Civil e Resoluções de conflitos também pela (UNIFACS) e Direito previdenciário e do Trabalho pela Faculdade Sao Salvador

RESUMO: O presente artigo jurídico tem como objetivo analisar a efetividade da política de cotas raciais, bem como apontar os principais fatores que levam ao crescimento dos casos de fraude nas universidades públicas brasileiras. O problema maior se dá pela falta de eficácia para coibir esse tipo de prática. A justificativa desta pesquisa baseia-se no fato da história do negro no Brasil ser carregada de preconceitos e discriminações, e por conta disto estas pessoas terem dificuldade de ter acesso às mesmas possibilidades dos demais. Entretanto, com o advento da Lei das Cotas buscou-se a igualdade entre todos, a fim de diminuir e equilibrar as oportunidades de acesso ao ensino superior. Porém, ainda é possível observar que existem diversas situações que acabam bloqueando o acesso das pessoas negras às universidades, não só pela questão do preconceito racial e do crime de racismo que acontece diariamente, mas também pelas inúmeras fraudes que são flagradas quando estudantes se autodeclaram negros e acabam tirando a vaga, ou seja, ocupando o lugar de quem realmente preenche os requisitos. Tem-se como hipótese a idéia é preciso mais rigor e fiscalização para frear tal ato, além de garantir o direito dos estudantes negros e penalizar aqueles que forem descobertos agindo desta maneira tão condenável.

Palavras-chave: Sistema de Cotas; Fraude; Universidade pública; Racismo, Igualdade.

Sumário: 1 - Introdução. 2 - Breve histórico sobre os negros no Brasil; 2.1 A Constituição Federal de 1988 e o crime de racismo. 3 - O preconceito racial e a discriminação. 4 - As cotas raciais como mecanismo de inserção do negro na universidade; 5 - A fraude no sistema de cotas raciais das universidades públicas. 6 - Considerações finais. 7 - Referências.

1. INTRODUÇÃO

A busca incessante pela igualdade entre todos os cidadãos motivou a Presidente Dilma Rousseff a sancionar a lei de cotas nas universidades em 29 de agosto de 2012. A referida lei institui que 50% das vagas de Universidades Federais e Institutos Técnicos Federais deverão ser destinados aos estudantes que cursaram todo o Ensino

Médio em escolas da rede públicas, aos alunos que possuem renda familiar igual ou inferior a um salário mínimo e meio, aos negros, índios e pardos.

A presente pesquisa tem como objetivo destacar as fraudes que acontecem nas universidades públicas no que concerne ao sistema de cotas raciais, bem como o que ocorre com as pessoas negras que buscam ter seu direito efetivado.

Ademais, vale ressaltar que os alunos negros acabam perdendo as vagas destinadas a eles para pessoas que não possuem os requisitos, demonstrando assim a falta de respeito ao próximo por aqueles que têm essa prática.

Sabe-se que no contexto histórico brasileiro o negro sofre diversas situações de discriminação e diariamente a sociedade se depara com vários casos absurdos de racismo, onde a cor da pele determina “quem vale mais”.

Certamente a finalidade da Lei nº 12.71/12 foi dar igualdade de condições para todos, tendo em vista que de um modo geral as universidades públicas têm muito mais alunos de classe média e alta do que de classe baixa. Isto porque, em sua maioria, estas instituições possuem provas mais difíceis, onde os alunos oriundos de escolas públicas concorrem com estudantes de escolas particulares que tiveram mais oportunidades.

Em quase 10 anos de existência, observou-se que o sistema de cotas nas universidades públicas apresentou algumas falhas e deu brechas para cidadãos que não preenchem os requisitos burlam o sistema e se candidatam as vagas que se destinam aos estudantes que podem concorrer pelas cotas.

Atualmente o que se vê são várias denúncias de estudantes que entregaram documentos falsos, tendo em vista que inicialmente apenas um documento se declarando negro, por exemplo, era suficiente para concorrer às vagas. Entretanto, começou a surgir uma grande quantidade de possíveis fraudes e a declaração emitida de próprio punho não se mostrou suficiente para comprovar.

Apesar das penalidades previstas, vê-se que ainda existe uma dificuldade grande por parte das universidades em se organizar para evitar situações de declarações fraudulentas.

Deste modo, esta pesquisa analisará todos os pontos pertinentes sobre o tema, bem como buscará esclarecer se as penalidades previstas para os casos de fraude estão sendo de fato aplicadas de modo a coibir tais práticas reiteradas.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE O RACISMO NO BRASIL

Fala-se em racismo no Brasil desde o período colonial quando os senhores portugueses classificavam os negros como animais, trazendo eles da África com o intuito de utilizá-los como mão-de-obra escrava e submetê-los a condições degradantes de trabalho.

Sobre o conceito de racismo, a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, realizada pela ONU e aceita pelo Brasil diz que:

[...] A expressão "discriminação racial" significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública[1].

Schwarcz preceitua sobre esse tema afirmando que apesar do tema ser bastante discutido hoje em dia, é nítido que *"a questão do preconceito racial ainda se encontra enraizado na história recente do Brasil, mais precisamente nos três últimos séculos de escravidão[2]."* Mesmo após a Abolição da Escravatura em 13 de maio de 1888, houve poucas políticas efetivas de inserção desses cidadãos na sociedade.

Percebe-se que desde o século XVI, quando os negros chegaram a América para trabalhar como escravos nas lavouras de cana-de-açúcar e nas minas de ouro, tiveram a sua liberdade cerceada, e isto fez com que gerasse diversas conseqüências graves, como por exemplo, a configuração que estes indivíduos só serviriam para aquele tipo de serviço.

Naquela época havia também o tráfico de escravos, onde conta à história que estes negros eram transportados em navios e passavam por situações humilhantes. Os colonizadores mandavam acorrentar, não davam comida, submetiam a péssimas condições de higiene, algumas vezes eram torturados durante essa viagem e alguns morriam no caminho.

Vale ressaltar que alguns negros eram obrigados a se deslocar para os centros urbanos para realizar outras funções onde lhe permitia um pagamento maior, ao contrário dos escravos que ficavam apenas na zona rural. Eles trabalhavam como vendedores de frutas, carregadores de água, barbeiros ou qualquer outra atividade que necessitasse de força física.

Nenhum negro conseguia ter ascensão social, era uma época difícil, onde os todos carregavam o estigma de escravos e jamais atingiam o status dos homens brancos.

Na opinião de Carneiro, tem-se que:

O negro e o mestiço dificilmente conseguiam igualar-se ao homem branco. O "mundo da senzala" sempre esteve muito distante do "mundo da casa grande". Para alcançar pequenas regalias, fosse como escravo ou como homem livre, os descendentes de negros precisavam ocultar ou disfarçar seus traços de africanidade, já que o homem branco era apresentado como padrão de beleza e de moral[3].

Deste modo, observa-se que os negros faziam o possível para se sentirem aceitos, mesmo que para isso fosse preciso ocultar seu traço afro descendente e assim conseguir algum benefício dos colonizadores.

Ademais, cabe ressaltar que a igreja católica acatava todo esse menosprezo aos negros, bem como era conivente com as idéias da elite dominante e aceitavam todos os tipos de preconceitos impostos. Os negros sempre trabalhavam em funções que exigiam atividades árduas, viviam à margem da sociedade, a jornada de trabalho para eles era bastante exaustiva e o pagamento pelo serviço realizado era apenas algo para se alimentar.

Conforme relatos históricos, o comportamento racista ganhou força quando as os países europeus colonizaram os outros países. Para estas pessoas de pele branca, ser negro era ser inferior; para eles sua superioridade era uma certeza.

De acordo com o site do Ministério Público Federal de Brasília o conceito de crime de racismo *"implica em conduta discriminatória dirigida a um determinado grupo ou coletividade[4]."* Pode-se afirmar que o racismo é uma atitude depreciativa, onde o ofensor enxerga no indivíduo negro alguém com características diferentes das suas e passa a tratar esta pessoa de forma rude, arrogante e às vezes violenta.

Sobre esse tema Carneiro pondera:

O racismo pode atingir diferentes graus de intensidade: vai de um simples pensamento até os casos mais extremos, de agressão física, por exemplo [...]. Assim, o preconceito contra os negros e seus descendentes gera antipatia, chegando ao

extremo de haver violência, como apontado pela estudiosa. Diariamente, pode-se aferir essa intolerância a partir das notícias veiculadas nos jornais e outras mídias brasileiras, que comprovam o racismo entre os brasileiros[5].

Mesmo com a evolução da sociedade, as ações afirmativas que estão sendo praticadas e o empoderamento racial, ainda é possível assegurar que o preconceito é uma constante na vida de alguns cidadãos. Apesar de todas as conquistas e leis existentes, vê-se que muito se luta para que haja igualdade entre todos os indivíduos.

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CRIME DE RACISMO

A primeira lei relevante na História brasileira com relação ao racismo foi a Lei nº. 1.390/1951 – Lei Afonso Arinos, não exatamente por impor penas aos ofensores, mas por reconhecer a existência do racismo no Brasil, que já era tão freqüente desde os primórdios e até então não havia sido reconhecido.

Esta norma se destacou, pois ao contrário das leis que regiam o país anteriormente, ela passou a punir as condutas condenáveis que até ali eram omissas. Deste modo, com a promulgação da Lei em questão, não havia mais como fingir que não existia o crime de racismo.

Para Santos na época a aplicação da lei esbarrava na dificuldade de se caracterizar o crime. *“Tal diploma legislativo sofreu inúmeras críticas, vez que caracterizava as ações preconceituosas como meras contravenções penais, puníveis com 01 ano de prisão simples e com multas entre 15 dias a 03 meses[6].”*

O maior entrave encontrado dizia respeito à penalização das condutas preconceituosas geradas por preconceito de raça ou cor, contudo não se podiam ignorar os preconceitos religiosos, de sexo, de estado civil e de classe social. Sendo assim, viu-se que a Lei Afonso Arinos contemplou uma gama maior de discriminação que a lei anterior aumentando a abrangência de outras possíveis vítimas de preconceito.

A referida lei foi derogada pela Lei 7.716/1989 que surgiu para suprir algumas brechas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, cumpre ressaltar que apesar de ter cumprido o papel que lhe foi designado na sua época, à lei 7.716/1989 passou a representar com maior clareza a realidade do país.

Esta lei foi chamada também de Lei “Antidiscriminação”, Lei “Anti-preconceito” e “Lei Caó”, pois o então parlamentar Carlos Alberto Caó, foi o autor do projeto de Lei na Câmara dos Deputados.

Para Aquino a referida lei trouxe avanços consideráveis e de grande destaque:

Aparece a Lei Caó no cenário jurídico por força da Constituição de 1988, que conferiu suporte constitucional ao legislador ordinário. Promulgada em 5 de janeiro de 1989, a Lei Caó inovou ao caracterizar a prática de racismo como crime, em um cenário aonde este era considerado apenas uma contravenção penal, ensejando às pessoas que cometessem atos discriminatórios os benefícios da primariedade, do simples pagamento de multas etc., sem que, de fato, fossem condenadas e cumprissem pena em estabelecimentos carcerários. Ou seja, a prática do racismo vinha sendo estimulada de forma crescente, sem que o Estado, detentor de uma máquina policial-judiciária lenta e ineficiente viesse a punir os culpados[7].

Nesta seara, nota-se a importância desta norma, haja vista que a Constituição Federal deu todo o suporte para que o quanto disposto fosse cumprido.

O Art. 5, inc. XLII da Constituição Federal de 88 diz que: "*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei[8]*". Diante disso, observa-se que ao inserir este tema no ordenamento pátrio, o legislador buscou salvaguardar o direito do cidadão que fosse discriminado por conta da sua raça ou cor.

A Lei prevê como obrigação do Poder Judiciário fazer valer os comandos constitucionais vigentes, principalmente os que se referem aos direitos e garantias fundamentais. No que tange ao crime de racismo, vê-se que a busca principal é por uma sociedade igualitária e democrática onde a Constituição Federal seja de fato obedecida.

Para Nucci, ao estabelecer que o racismo é um crime, o legislador constituinte respaldou tal medida em ao menos três fatores como pilares que sustentam a determinação contida no texto constitucional, "*são eles: a inviabilidade de liberdade provisória, a necessidade de punição a qualquer tempo e a sanção penal compatível com o regime de reclusão[9]*".

Contudo, devido ao sistema processual penal brasileiro ser cheio de falhas, onde é possível o apenado requerer a liberdade provisória mesmo de crimes mais graves, a questão da inafiançabilidade resta obsoleta. Sendo assim, o crime de racismo, apesar de não admitir fiança, muitas vezes mostra-se ineficaz diante de tantas brechas jurídicas que dificultam a punibilidade do autor do delito.

Nucci acredita que:

De outra sorte, a imprescritibilidade não faz parte da tradição do Direito Penal brasileiro, até pelo fato de infrações penais muito mais graves comportarem a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, como ocorre com o homicídio, o estupro ou a extorsão mediante seqüestro, apenas para ilustrar. A pena de reclusão, por si só, não representa gravame, pois admite, conforme a pena cominada, os benefícios da Lei 9.099/95.[10]

Neste diapasão, observa-se que apesar de respaldo nas normas vigentes, o crime de racismo ainda goza de alguns privilégios e nem sempre os autores deste delito pagam como deveriam ou cumprem a pena previstas em lei.

Ademais, é nítido que o racismo surge como um fator desagregador na sociedade e para combatê-lo deve-se buscar a garantia dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. Outrossim, cumpre esclarecer que o operador do direito deverá agir com cautela ao haver a necessidade de aplicar a Lei 7.716/89 já que esta não é a única forma de combater os crimes racistas.

3. O PRECONCEITO RACIAL E A DISCRIMINAÇÃO

A questão do preconceito racial no Brasil é um problema grave e que ainda hoje acontece com freqüência em vários âmbitos da sociedade. Diversos fatores influenciam e permitem a propagação da impunidade e do sentimento de impotência que a maioria da população sente em relação a este fato.

É comum vermos na mídia notícias sobre este tipo de crime, onde alguns culpados ainda ficam impunes, pois as leis são ineficazes e o Poder Público mostra-se incapaz de estabelecer ações que colaborem com a diminuição desta prática.

Por conta disso, em 20 de julho de 2010 foi publicada o Estatuto da Igualdade Racial. Segundo Savarese, *"a lei em questão prevê garantias e criação de políticas públicas que valorizem e respeitem os negros[11]."* Através da referida Lei, buscou-se corrigir os erros do passado, onde a população negra foi amplamente escravizada.

Este diploma é composto por 65 artigos que tem como escopo diminuir as desigualdades sociais e garantir oportunidades iguais para todos os cidadãos independente de raça ou cor. Ainda sobre este Estatuto, o referido autor preconiza:

O texto diz que o poder público terá programas e medidas específicos para reduzir a desigualdade racial;

ressalta as religiões africanas; transforma a capoeira em esporte; estimula ações das financeiras para viabilizar moradia para os negros; e cria o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), que lida com medidas para essa população[12].

Um dos principais pontos trazidos pela norma apontada é a obrigatoriedade da inclusão da disciplina História da África nas escolas públicas. Desta maneira os alunos serão capazes de aprender toda a história dos negros desde o tempo do Brasil Colônia até a atualidade e a partir daí saber valorizar e entender o porquê é importante combater o preconceito racial.

A Constituição Federal traz em seu art. 5º[13] que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e prevê pena de reclusão para aquele que praticá-lo. Entretanto, a questão da discriminação entre negros e brancos está enraizada no país de modo que mesmo com o passar de séculos e com toda a evolução constante ainda hoje crimes como este acontecem.

A jurisprudência pátria tem decidido a favor da vítima e deferindo o pedido de dano moral para aqueles que têm a honra ofendida com palavras preconceituosas, onde o autor da ofensa atribui um termo chulo para classificar a pessoa pelo fato desta ser negra.

Mesmo com toda diversidade cultural e acesso a informações que os indivíduos têm atualmente, ainda é possível encontrar casos passíveis de severas punições, pois tamanha é a proporção do dano moral causado a quem sofre tal preconceito.

Analisando todo contexto histórico, vê-se que a Constituição Federal de 1988 fez com que o legislador criminalizasse a prática do racismo através da Lei 7.716/1989, haja vista que a referida Carta Magna preocupou-se em consignar em seus dispositivos algumas orientações que de certa forma remetiam ao passado com a finalidade de evitar que algumas experiências trágicas da história brasileira se repitam, como por exemplo, a escravidão.

Os delitos de discriminação estão previsto dos artigos 3º ao 14º da Lei 7.716/1989 e podem ser classificadas como aquelas condutas que obstam o acesso dos indivíduos a certos lugares. Acredita-se que a intenção do legislador foi contemplar diversas situações para que desta forma fosse possível punir os infratores.

Contudo, para uma parte da doutrina acha que a Constituição Federal de 1988 se mostra anacrônica, pois não se atualizou com o passar do tempo e a evolução da sociedade. Nas palavras de Moreira há certo exagero na penalização do racismo:

Ora, que o racismo seja moralmente condenável não há dúvidas, mas transformar uma conduta imoral em crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão requer que a conduta se revista de uma gravidade incomparável, pois tais restrições, em conjunto, não aparecem nem para os denominados "crimes hediondos[14]".

Sendo assim, nota-se que o supracitado autor preconiza que, para o delito de racismo foram estabelecidas algumas restrições que são inexistentes até mesmo no crime de estupro, homicídio qualificado e no de latrocínio. Ademais, nota-se que a pena mínima estabelecida para os crimes raciais é de dois anos de reclusão, igualmente as dos crimes de aborto, lesão corporal grave e infanticídio.

Entretanto, é cada vez mais comum a mídia noticiar casos em que uma pessoa é ofendida moralmente e até algumas vezes agredida pelo simples fato de ser negra.

4. AS COTAS RACIAIS COMO MECANISMO DE INSERÇÃO DO NEGRO NA UNIVERSIDADE

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores para compreender a discussão sobre cotas raciais no Brasil é pertinente saber todas as questões que envolvem a história da luta dos negros desde os primórdios da sociedade até os dias de hoje.

Sabe-se que toda liberdade que cerca os seres humanos são norteadas por alguma ideologia, alguma crença ou algum princípio. Lima acredita que a ideologia é o resultado de um modo de pensar coletivo, mas que *"Ihe foram impostas de modo subjetivo, que faz crê-lo ter adotado determinada opinião através do trabalho intelectual[15]."*

Um exemplo disso é que durante muito tempo muitas pessoas acreditaram que pobreza era sinônimo de preguiça e de falta de vontade de trabalhar, porém esta ideologia já está ultrapassada e as pessoas têm um cuidado maior de fazer um juízo de valor antes de ter certeza do que está falando. A mesma coisa acontecia quando diziam que *"todo preto é ladrão"*, isso gerou diversos problemas, tamanha era a ofensa à integridade moral dos indivíduos.

Por conta disso, a sociedade passou a se deparar com diversas situações semelhantes a estas e os negros começaram a ser vistos como diferentes e terem seus direitos suprimidos. Não se pode olvidar que a sociedade está em constante

mudança, e que a ideologia reflete o modo de pensar de um determinado grupo social. Em síntese, Lima segue aduzindo:

A ideologia está a serviço da sociedade e para a sociedade, mesmo que distintas; pois tenta promover uma idéia de paz e aceitação das condições em que as pessoas vivem, garantindo a situação de determinada classe sobre outra[16].

Por muito tempo os negros viveram às margens da sociedade e eram tratados como se fizessem parte de um subgrupo. Após muitas lutas e conflitos conseguiram paulatinamente fazer com que os demais indivíduos compreendessem que a cor da pele não era fator determinante para caracterizar quem era bom ou ruim.

A função da ideologia racista foi conquistar adeptos as suas idéias, onde a idéia de inferioridade era inculcada na cabeça das pessoas, e até mesmo das crianças negras que cresciam achando que as crianças brancas eram superiores, diferentes e melhores que elas. Acredita-se que faziam isso com a finalidade de adaptar estas crianças a uma estrutura social em que elas aceitassem que os negros deveriam sempre em condições abaixo dos brancos.

Para Lima este fato se traduz da seguinte forma: *“o branco pertence à classe dominante e o negro à classe submissa”*[17]. Fato amplamente constatado nos séculos passados que até bem pouco tempo ainda predominava em alguns locais, mas que graças à força do povo não conseguiu se perpetuar.

Este tipo de mentalidade acaba sendo um estímulo a uma violência que é citada historicamente desde os primórdios da civilização e da sociedade brasileira. Começando mesmo pela escravidão dos índios e negros, posteriormente nas lutas pela independência sempre caracterizadas pelo autoritarismo de alguns. Contudo, com o passar dos anos o que se viu foi um aumento considerável e muitas vezes diante de contextos em que jamais se imaginaria chegar. O preconceito racial interfere na harmonia na sociedade através da insensatez dos indivíduos e tem como consequência a intolerância.

É nítido que a maior parte dos estudantes de escola pública e de baixa renda são negros e tem dificuldade de ingressar na universidade, devido às condições enfrentadas ao longo da vida escolar. Esta falta de oportunidade motivou a então presidente Dilma Rousseff a sancionar uma lei que permite que parte das vagas das universidades públicas seja destinada aos estudantes que se enquadrem em um determinado perfil e assim eles possam ter acesso ao ensino superior.

A referida lei assegura que 50% das vagas de Universidades Federais e Institutos Técnicos Federais sejam ofertadas aos estudantes que cursaram todo o Ensino Médio em escolas públicas, aos alunos negros, índios, pardos e aos que possuam renda familiar igual ou inferior a um salário mínimo e meio.

O cerne da lei nada mais é que a inclusão e igualdade, entretanto até hoje existem pessoas que são contra o sistema de cotas e alegam que tal medida tem cunho político e não funcionam como deveria, pois os parâmetros são falhos e dão margem a falsificações.

Pelo texto da Lei de Cotas, para ser considerado cotista o candidato precisa ter cursado os três anos do ensino médio em escola pública ou ter concluído o ensino médio por meio do ENEM - Exame Nacional do Ensino Médio ou pelo programa de Educação de Jovens e Adultos (EJA), desde que tenham cursado o ensino fundamental na rede pública. Aqueles que possuam renda inferior a um salário mínimo e meio, mas que tenham estudado com bolsa integral em colégios particulares não são beneficiados pela lei.

Ademais, insta salientar também que a distribuição das vagas é feita de acordo com a proporção da unidade onde está situada a universidade, ou seja, um estado com um número maior de habitantes negros terá mais vagas disponibilizadas.

5. A FRAUDE NO SISTEMA DE COTAS RACIAIS DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

As fraudes são práticas passíveis de penalidades para aqueles que tentam burlar o sistema e auferir vantagens. Tal situação é corriqueira e não são vistas apenas no que tange às cotas raciais, pois elas ocorrem na execução e oferta de diversas iniciativas públicas, como é possível ver diariamente nos noticiários que se referem à distribuição do auxílio emergencial do governo federal.

Muitos cidadãos criticam as ações e políticas governamentais que buscam amparar os menos favorecidos e diminuir as desigualdades, alegando que as fraudes sempre acontecem.

De fato as fraudes acontecem, pois a maioria das vezes não existe uma forma de cercar por todos os lados e impedir que pessoas mal intencionadas queiram se apoderar de valores ou de possibilidades que estão disponíveis apenas para um grupo de pessoas. No entanto, é preciso valorizar a tentativa de permitir o acesso a serviços que antes alguns não possuíam, e acreditar que políticas públicas que beneficiam a minoria servem para viabilizar a igualdade entre as pessoas.

No caso específico da fraude no sistema de cotas das universidades públicas, observa-se que muitas pessoas preenchem o documento de autodeclaração ao se

inscreverem para disputar algum certame, pois sabem que não há uma apuração correta das informações. Porém, com tantos casos de fraude, algumas universidades preferiram se precaver e criaram comissões para conferir e avaliar a autodeclaração.

Sabe-se que a autodeclaração visa obter do candidato uma identificação étnico-racial para que ele mesmo confirme a sua identidade no que tange a raça, e tal prática inclusive é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Entretanto, resta claro que se trata de uma questão bastante subjetiva, pois algumas pessoas não têm a cor da pele preta, mas possui pai, mãe ou avós que são negros e por esta razão se autodeclararam negro também.

Isto é resultado de um contexto histórico, onde desde a época do descobrimento, como já fora explicado anteriormente, o país era composto pelos negros escravizados que se casavam com os brancos e com isso nasceram muitas pessoas advindas desta mistura, a miscigenação.

Nesta seara, muitos historiadores asseguram que não há como ter certeza de quem é branco no Brasil, visto que qualquer um pode ter um descendente negro por mais distante que seja. E assim, muitos consideram que o povo brasileiro é mestiço em sua totalidade.

Então, a partir desse fato muitas pessoas, mesmo sem características físicas de negros, se autodeclararam assim para poder ter a chance de concorrer às vagas destinadas a quem realmente se enquadra nos requisitos.

Jodas explica que diante de tantas peculiaridades e com o intuito de combater injustiças, algumas universidades passaram a tentar identificar as pessoas para que a política de igualdade de acesso se efetive. Assim, foi preciso um olhar diferenciado para perceber se aquela pessoa se reconhece enquanto descendente de pessoas negras, mas que socialmente não é tida como tal, não está exposta aos mesmos preconceitos e racismos.[18]

Em detrimento das ocorrências de fraude, foi instituída uma Portaria Normativa que visa regulamentar um procedimento adotado por algumas instituições, chamado de heteroidentificação. Este procedimento se constitui pela confirmação através de uma banca que analisará presencialmente se a autodeclaração do candidato que diz ser negro é verdadeira. Tudo isto com o intuito de evitar fraudes e posteriormente desigualdade de condições para os concorrentes.

Observa-se que essas bancas passaram a ser o instrumento mais importante utilizado pelas universidades na busca de coibir a prática das fraudes, pois infelizmente, apesar de todas as informações a respeito das penalidades possíveis

para quem comete esse erro, ainda há uma incidência bastante alta de situações fraudulentas.

Atualmente, muitas denúncias estão sendo feitas via redes sociais, pois é uma forma da notícia se espalhar rapidamente para pessoas que têm relação com a universidade. Esta é a forma mais comum de tentar relatar situações que necessitam de punições a fim de combater injustiças.

Neste diapasão, resta claro que esse tipo de fraude só reforça o quanto a grande parte da sociedade ainda é conivente com as desigualdades. O racismo estrutural existe e está entranhado a ponto de alguns não enxergarem o privilégio de ser branco na maioria das situações, já que a grande parte das famílias de baixa renda, cujos filhos são alunos de escola pública são negros, e infelizmente não tiveram um ensino de qualidade a longo da vida escolar a ponto de disputar as vagas em universidades nas mesmas condições dos demais.

Para Jodas:

Fraudar as cotas é não entender o sentido das políticas de ações afirmativas, tanto de reparação histórica quanto de ampliação da composição étnico-racial em todos os espaços, sobretudo aqueles em que implicam em relações de poder. E o que é pior, não entende as cotas enquanto política pública e direito para determinados grupos sociais que tiveram um histórico de subalternização que os coloca em situações de desigualdade de oportunidades.[19]

Assim, fica comprovado que existe a necessidade de punição imediata e que quanto mais demorar isto acontecer, mais pessoas serão prejudicadas.

Recentemente houve uma decisão inédita na UnB - Universidade de Brasília, onde foram descobertos 15 fraudadores e todos foram expulsos e alguns que já haviam saído da universidade tiveram seus diplomas cassados:

O processo teve início em 2017, quando a instituição recebeu denúncia de fraude na utilização da política de cotas raciais por parte de cem estudantes. A administração, então, abriu a sindicância, em novembro daquele ano, e nomeou comissão para fazer a análise dos casos. Em 2018, mais um caso foi acrescido à lista. Uma averiguação preliminar descartou o envolvimento de 73 estudantes (seja porque atendiam os critérios fenotípicos, seja porque não haviam ingressado pelas

cotas); outros 28 foram investigados. Uma nova comissão foi formada em 2019, para dar andamento ao processo. Todos os envolvidos tiveram direito à ampla defesa e ao contraditório.[20]

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Paulo Rangel, defende que haja um tipo penal específico para casos de fraudes nas universidades, pois para ele é preciso critérios rígidos para àqueles que querem burlar o sistema de cotas.

Na opinião dele: *“Realmente o sistema de cotas é um sistema muito falho, deveria ter outros meios e não só a autodeclaração. Eu não fico chateado com eles (quem denunciou), mas acho que deveriam pensar nesse debate”*.**[21]**

Deste modo, insta salientar que as penalidades devem ser aplicadas, a fim de coibir a incidência de fraudes.

Noutra quadra, o Antropólogo Francinézio Amaral destaca que a autodeclaração deveria ser uma análise de ancestralidade, pois o termo “pardo” acaba prejudicando a avaliação dos candidatos:

“É um erro histórico que invisibiliza pessoas negras e dá espaço para as brancas. Existe um equívoco histórico do poder público, que inventou o conceito de ‘pardo’, pra livrar o país de ser reconhecido ou como Negro ou com Indígena. Com isso, criou-se uma idéia equivocada de que, sendo pardos, todos são “iguais”. Porém, isso inviabilizou negros e indígenas e ressaltou os brancos”.**[22]**

O referido antropólogo segue aduzindo que a importância da autodeclaração: *“A autodeclaração deve ser entendida como processo social, para além do chamado “colorismo”. Ou seja, nunca se tratou de tons de pele ou de herança sanguínea”*.**[23]**

Ademais, vale destacar que não basta apenas fiscalizar, é preciso coibir a “má fé” dos candidatos, já que estes não conseguem compreender o sentido do sistema de cotas, e acabam impedindo o acesso daqueles que de fato tem direito, como os negros, os índios e as pessoas de baixa renda.

No que tange a ordenamento jurídico vigente, alguns doutrinadores acreditam que este tipo de fraude preenche os requisitos do crime de falsidade ideológica previsto no artigo 299 do Código Penal**[24]**, mesmo sem estar fielmente

tipificado. Para outros o certo seria a cassação do diploma ou suspensão da matrícula acadêmica.

Nesta seara, é importante destacar que o sistema de cotas possui a finalidade de reparar a garantia dos direitos civis das pessoas que tiveram as oportunidades retiradas pelo simples fato de serem negras. E com as ocorrências de fraudes, percebe-se o quanto é importante a fiscalização no sistema para que àqueles que realmente preenchem os requisitos possam adentrar as universidades públicas, um espaço que é de todos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, foi possível perceber que o tema central da presente pesquisa visa facilitar a compreensão do leitor acerca das questões atreladas às fraudes nas universidades públicas. No entanto, foi preciso trazer à baila informações que contribuíssem com entendimento de todo um contexto histórico presente e enraizado há muitos anos que até hoje ainda faz com que o preconceito racial, mesmo que de forma velada, exista.

Inicialmente viu-se que na época da colonização havia uma negação constante dos direitos humanos, tendo em vista que nesses períodos as teorias racistas foram ofendidas, e criou-se um estereótipo de que a pessoa negra era inferior que as de pele branca.

A Carta Magna trouxe em seus artigos, algumas ponderações acerca do racismo, a fim de tentar afastar as perversidades cometidas no passado em relação das discriminações raciais, e configurar a prática racista como inafiançável e imprescritível, além de aplicar aos infratores a pena de reclusão.

Com isso, e embasado na certeza de que todos deveriam ser respeitados como seres humanos, eis que surge a Lei 7.716/89, trazendo a idéia de se tornar uma lei específica, priorizando a igualdade, e o respeito às pessoas independentemente de sua raça.

Analisando a referida lei, foi possível observar que ela buscou se compatibilizar com a realidade brasileira, pois trouxe grandes avanços, os quais eram necessários no nosso ordenamento jurídico. A sociedade brasileira clamava por uma norma que estivesse em consonância com a Constituição Federal e com a realidade do país

Buscou-se desta forma reduzir a banalização de condutas compreendidas como proibidas e que ofendiam pessoas apenas por conta da sua cor de pele. Assim, foi possível demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro padecia de uma norma que protegesse as pessoas ofendidas devido a esta discriminação.

Por outro lado, observou-se que o Estatuto da Igualdade Racial também surgiu com o objetivo de fazer valer a equidade entre todas as pessoas, deixando claro que todos são iguais e que quando burladas essas leis, os infratores serão punidos.

O objetivo principal do Estatuto foi combater à discriminação e garantir que os negros tenham as mesmas oportunidades que os brancos, assegurando que igualdade de direitos e oportunidades e tentando acabar com a essa discriminação, além disso, o referido documento traz diversas ações que permitem a inserção dos negros através de programas e medidas especiais que visam à igualdade em todos os setores da sociedade.

Como fora demonstrado, o preconceito racial interfere na harmonia na sociedade através da insensatez dos indivíduos e tem como consequência a intolerância. Sendo assim, o Direito passa a ter papel de transformar este ato em crime e determinar qual sanção será aplicada para que o agente seja punido.

Restou comprovado que o crime de racismo é uma realidade na sociedade brasileira, pois muitas são as pessoas negras que passam por situações vexatórias no seu dia a dia por conta de um preconceito tolo e injustificado. A cor da pele nunca determinou caráter, inteligência e nem tão pouco nenhum adjetivo que qualifique ou desclassifique uma pessoa.

As fraudes no sistema de cotas raciais nas universidades públicas são tentativas de se beneficiar através de informações falsas, buscando auferir vantagem e obstar o direito de quem de fato o detém. Tal conduta além de ser condenável, deve ser banida da sociedade através de uma maior fiscalização e punição, porém ainda é possível ver casos expostos na mídia cujos fraudadores não são punidos como deveriam.

REFÊRENCIAS

AQUINO. Leandro Salerno Leyser. **Crime de Racismo e Normas Jurídicas Atinentes**. Disponível em: <http://www.epd.edu.br/artigos/2012/05/crime-de-racismo-e-normas-jur-dicas-atinentes>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASÍLIA, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm

CARNEIRO, L.T. Maria. **O racismo na História do Brasil**. 8. Ed. São Paulo: Ática, 2006.

CRETELLA JÚNIOR. **Racismo e injúria racial**. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br>. Acesso em 03 out.2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional** - 12a ed.: Rev., amp. e atualizada. Ed. Jus podium. 2018.

LIMA, Jhéssica Luara Alves. **Direitos humanos e discriminação racial**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br> >Acesso em: 06 jul.2020.

LIMA. Juliana Soares. **Educação, raça e desigualdade social**. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/1048>. Acesso em: 03 jul. 2020.

LIMA. Lair Ayres. **Preconceito racial contra o negro à luz da Lei nº 7.716/89-crimes resultantes de preconceito de raça e cor**. Disponível em: www.jus.com/artigos29420. Acesso em: 08 jul. 2020.

JODAS, Júlina - **A fraude nas cotas raciais faz parte da lógica racista**. Artigo. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/07/17/a-fraude-nas-cotas-raciais-faz-parte-da-logica-racista/> Acesso em: 22 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MOREIRA. Alexandre Magno Fernandes. Crítica à incriminação do racismo. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos>. Acesso em 15 jul.2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Racismo: uma Interpretação à Luz da Constituição Federal**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

PEREIRA, Juliane. **Alunos da UFAM são denunciados por suspeita de fraude no sistema de cota racial**. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/alunos-da-ufam-sao-denunciados-por-suspeita-de-fraude-no-sistema-de-cota-racial0/> Acesso em: 25 jul.2020.

PERES, Fernanda. **Preconceito racial: uma ofensa ao princípio da igualdade**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf>. Acesso em 15 jul.2020.

SALZANO. Francisco. **Raça, racismo e Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.ph.artigo.rac_racismo_direitos_humanos. Acesso em 12 jul. 2020.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. São Paulo: Max Limonad.

SAVARESE, Maurício. **Lula sanciona estatuto de igualdade racial.** UOL Notícias, São Paulo. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica>. Acesso em: 05 jul. 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Racismo no Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2010.

UnB - Universidade de Brasília. UnB expulsa estudantes que fraudaram sistema de cotas. Disponível em: <https://noticias.unb.br/76-institucional/4297-unb-expulsa-estudantes-que-fraudaram-sistema-de-cotas> Acesso em: 25 jul.2020.

NOTAS:

[1] Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>.

[2] SCHWARCZ, Lilia Moritz. O Racismo no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2010.

[3] CARNEIRO, L.T. Maria. O racismo na Historia do Brasil. 8. Ed. São Paulo: Ática, 2006.

[4] Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/ncleo-de-enfrentamento-discriminacao-mainmenu-130/3047-injuria-racial-x-racismo>

[5] CARNEIRO, L.T. Maria. O racismo na Historia do Brasil. 8. Ed. São Paulo: Ática, 2006.

[6] SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de Preconceito e de Discriminação. São Paulo: Max Limonad. 2010.

[7] AQUINO. Leandro Salerno Leyser. Crime de Racismo e Normas Jurídicas Atinentes. Disponível em: <http://www.epd.edu.br/artigos/2012/05/crime-de-racismo-e-normas-jur-dicas-atinentes>.

[8] 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 (...).

[9] NUCCI, Guilherme de Souza. Racismo: uma Interpretação à Luz da Constituição Federal. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/>.

[10] *Ibidem*.

[11] SAVARESE, Maurício. Lula sanciona estatuto de igualdade racial. UOL Notícias, São Paulo. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/010/07/20/sem-cotas-estatuto-racial-de-lula-e- apenas-carta-de-intencoes-dizem-especialistas.htm>

[12] *Ibidem*.

[13] 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: ... XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[14] MOREIRA. Alexandre Magno Fernandes. Crítica à incriminação do racismo. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/>

[15] LIMA. Juliana Soares. Educação, raça e desigualdade social. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/1048>.

[16] LIMA. Juliana Soares. Educação, raça e desigualdade social. Disponível em: <http://bdm.unb.br>

[17] *Ibidem*.

[18] JODAS, Juliana - A fraude nas cotas raciais faz parte da lógica racista. Artigo. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/07/17/a-fraude-nas-cotas-raciais-faz-parte-da-logica-racista/>

[19] *Ibidem*.

[20] Disponível em: <https://noticias.unb.br/76-institucional/4297-unb-expulsa-estudantes-que-fraudaram-sistema-de-cotas>

[21] Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/alunos-da-ufam-sao-denunciados-por-suspeita-de-fraude-no-sistema-de-cota-racial0/>

[22] *Ibidem*.

[23] Disponível em: <https://noticias.unb.br/76-institucional/4297-unb-expulsa-estudantes-que-fraudaram-sistema-de-cotas>

[24] Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

COM O ADVENTO DA LEI DO PACOTE ANTICRIME (LEI FEDERAL Nº 13.964/2019) EM VIGOR, QUAL O VERDADEIRO PRAZO DE CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL COM INVESTIGADO PRESO?

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

MARCEL GOMES DE OLIVEIRA[1]

(coautor)

RESUMO: *A discussão centra, se a denominada lei de pacote anticrime manteve o prazo em 10 (dez) dias ou ampliou para o 15 (quinze) dias ou se teríamos a dualidade de prazos para finalização de procedimento policial com investigado preso no âmbito do Código de Processo Penal[2].*

Após a vigência da Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019), onde dentre as modificações terminou por operar diversas mudanças no Código de Processo Penal, de plano surgiu uma polêmica no âmbito da investigação, qual seja, qual o verdadeiro prazo de conclusão do inquérito policial com investigado preso?

Antes de respondermos, cabe asseverar que, bem antes do pacote anticrime não existia a previsão de prorrogação do inquérito policial no Código de Processo Penal, apesar de existir em legislações extravagantes esta possibilidade, como por exemplo, a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

Enfim, o art. 10, do Código de Processo Penal permaneceu intacto com a previsão de que o inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o investigado tiver sido preso em flagrante ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão[3].

A propósito, o art. 10, do Código de Processo Penal dispõe que:

“Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela”.

De outro lado, com advento da Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019), passou a contemplar que se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Vejamos o art. 3º-B, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019):

“Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.”

Com isto, temos a primeira conclusão, a de que numa interpretação sistemática, a redação do texto do pacote anticrime ao dispor sobre prorrogação do prazo do inquérito policial de investigado preso por até 15 (quinze) dias, ratifica a existência do prazo de 10 (dez) dias iniciais, previsto no artigo 10 do CPP, já que apenas se pode prorrogar o que se iniciou anteriormente. Aqui se aplica a máxima de hermenêutica de que não há palavras inúteis no texto da lei.

Nos valem da exemplificação, cita-se o delegado de polícia e professor, Ruchester Marreiros Barbosa (2020, p. 01), que traz uma situação de

clareza solar a demonstrar um dos poucos acertos do legislador no pacote anticrime na parte da investigação:

“Exemplifiquemos: qual medida se adotaria quando o investigado é suspeito, sem indícios suficientes de autoria para denúncia, mas ameaça de morte a vítima, não tendo funcionado a medida de proibição de contato? Há periculum libertatis, no caso concreto, há prova do crime de furto qualificado e, não obstante, não haja elementos robustos de indícios de autoria, como por exemplo confronto de digitais do suspeito com as colhidas no interior da residência e além disso uma gravação de uma imagem que parece com o suspeito, mas não é tão nítida. Como se decretar uma preventiva sem indícios robustos de autoria? Nosso sistema é extremamente falho nesse aspecto.

Suponhamos que nesse caso tenha ocorrido uma prisão em flagrante na modalidade de flagrante presumido? Caso já vivenciado por nós na prática em que a pessoa que ameaçava a vítima era relacionado a outro autor do crime, ambos com qualificação desconhecida até então, que depois se descobriu que possuíam fisionomias muito semelhantes. É de extrema relevância em um caso como esse, a existência de um mecanismo capaz de proteger a vida da vítima, tutelado pelo processo penal, na qual, em muitos casos, a providência deve ser a privação da liberdade do suspeito.

A captura do suspeito foi feita com a apreensão do telefone celular, em que existia uma ligação efetuada para a vítima, mas a imagem captada pela câmera de segurança coincidia muito pouco com o mesmo, restando poucos indícios de autoria. A prova do crime, ainda, era somente a declaração da vítima, sem o reconhecimento, por ter sido um delito de furto qualificado, cuja imagem captada por câmeras não ajudou.

Essa vítima já tinha sido furtada outras vezes e por essa razão colocou câmeras de segurança no interior da residência, onde se captou algumas imagens dos autores do furto. Portanto já haviam outras investigações em trâmite, mas sem autoria definida. No último furto a imagem foi capturada e uma pessoa parecida foi encontrada nas cercanias aproximadamente 3 horas depois por uma equipe da polícia militar que sabia estar havendo muitos furtos na região e teve contato com as imagens divulgadas em redes sociais”.

Juntamente com o capturado e detido em flagrante, além do celular, que não era da vítima, mas havia uma ligação do seu telefone para o da vítima, por onde recebeu a ameaça de não procurar a polícia. Havia também uma passagem aérea para três dias depois com destino a Argentina e alguns endereços que poderiam ser checados como sendo locais que os mesmos teriam estado e se hospedado e a identificação estrangeira do investigado, que era chileno, mas falava bem o português. Juro que isso não é invenção.

Se formos analisar tecnicamente o fato, a prisão em flagrante ao ser comunicada dependeria, ainda de algumas diligências para robustecer os indícios de autoria para o oferecimento da denúncia, não sendo uma hipótese tipicamente que se daria para deduzir uma pretensão acusatória.

A prisão temporária também está descartada, visto que não há no rol das infrações penais cabíveis no artigo 1º, III da Lei 7.960/89, o delito de furto qualificado e coação no curso do processo para essa medida, A medida de não contato com a vítima seria inócua, tendo em vista a possibilidade concreta de viajar para outro país, além de não se saber o paradeiro certo, mas somente um suposto local de hospedagem, conseqüentemente, precário.

Em outras palavras, o ordenamento jurídico é totalmente despreparado para uma circunstância de se acautelar os fins processuais da investigação criminal. Existe com narrado, necessidade de se proteger cautelarmente a investigação tal qual ocorre na fase jurisdicional. Há risco de fuga e há comprometimento da coleta de evidências (ou provas no sentido lato).

A solução para essa lacuna veio no artigo 3º-B, §2º, que deixou explícita a possibilidade da prisão processual de flagrante, cuja novidade é reconhecer o prazo da investigação por 10 dias prorrogáveis por até 15 dias sob de acarretar o relaxamento da prisão pela não conclusão da investigação e não pelo não oferecimento da denúncia.

Assim sendo, após a vigência do pacote anticrime o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante: 1) não pode mais convertê-la em prisão preventiva de ofício; 2) não poderá decretar a preventiva abrindo prazo para o oferecimento da denúncia; 3) deverá observar na representação do Delegado há indicação da necessidade do prosseguimento da investigação criminal com fins processuais e desde já a possibilidade de

postergação da situação prisional para assegurar a coleta de evidências”.

Com este exemplo, podemos perceber que o artigo 3º-B, §2º, do CPP veio para suprir lacuna com a possibilidade clara de prisão processual de flagrante, em que a novidade é reconhecer o prazo da investigação por 10 (dez) dias prorrogáveis por até 15 (quinze) dias, sob pena de eventual excesso (extrapolamento) de prazo acarretar o relaxamento da prisão pela não conclusão da investigação e não pelo não oferecimento da denúncia.

Obviamente, não quer dizer que a prorrogação se dará até nos 15 (quinze) dias cravados, já que a lei faz uso da expressão *até 15* (quinze) dias, o que implica concluirmos que, a prorrogação seria de 01 (um) dia até o máximo de 15 (quinze) dias, além dos 10 (dez) dias normais do art. 10, do CPP, em caso de o delegado de polícia representar pela prorrogação do procedimento policial com investigado preso.

Há vozes advogando o prazo de 15 (quinze) dias mais 15 (quinze) dias, em que se arvora de analogia do prazo do inquérito policial ao menos na esfera federal (art. 66 da Lei 5.010/1966), sob o argumento de o que o legislador desejou igualar as contagens de prazos de conclusão de inquérito policial na Justiça Estadual e na Justiça Federal com superação (derrogação) do art. 10 do CPP, o que não concordamos *datíssima máxima vênia*, pois não há lacuna para se usar a analogia e a interpretação seria *contra legem*, ignorando dispositivos em plena vigência. O que há de fato é a previsão clara e indiscutível de 10 (dez) dias, com a possibilidade de se adicionar mais 15 (quinze) dias.

De qualquer forma, por zelo, cabe aduzir que o dispositivo do indigitado art. 3º-B, §2º, do CPP está com a eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

Das considerações finais

Por derradeiro, concluímos que a medida legislativa foi louvável ao instituir o art. 3º-B, §2º, do CPP, por se permitir o prazo da investigação de 10 (dez) dias prorrogáveis por até 15 (quinze) dias, em caso de representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, sob de acarretar o relaxamento da prisão pela não conclusão da investigação e não pelo não oferecimento da denúncia, embora o dispositivo em análise esteja com a eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

Referências bibliográficas:

BARBOSA, Ruchester Marreiros. ACADEMIA DE POLÍCIA: **A prisão processual de flagrante é novidade no "pacote anticrime"**. Publicado no CONJUR em 31 de dezembro de 2019. Disponível em: <<<https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/academia-policia-prisao-processual-flagrante-novidade-pacote-anticrime>>>. Acesso em 23 de março de 2020.

NOTAS:

[1] Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa - DHPP. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso - ACADEPOL/MT.

[2] Lembramos aqui que existem legislações penais especiais as quais estabelecem prazo distinto da regra geral do CPP e, neste caso, prevalece a norma especial sobre a geral, como exemplo, o art. 51 da Lei 11.343/2006 – lei de drogas -, onde estabelece que “o inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto”, sendo que “os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária”.

[3] Vale lembrar de importante discussão acerca do prazo da conclusão do Inquérito Policial quando há o cumprimento de prisão temporária de crimes hediondos ou equiparados, onde poderá alcançar até sessenta dias (30 dias + 30 dias), portanto, bastante superior ao prazo estabelecido pelo art. 10 do CPP. Há divergência sobre o tema, onde se posicionam três correntes: a primeira entende que, mesmo o agente sendo preso temporariamente por crime hediondo ou equiparado o prazo seria o do art. 10, CPP (ou seja, 10 dias para a conclusão das investigações); já a segunda corrente entende que o prazo seria o do tempo da prisão temporária – 30 (trinta) ou 60 (sessenta) dias, neste último, em caso de prorrogação, sendo ao final acrescido ainda o prazo para a conclusão do inquérito, então em caso de agente preso temporariamente por tráfico de drogas, a autoridade policial poderia ter até 120 dias para a conclusão do IPL, porquanto o prazo máximo da temporária seria 60 (sessenta), acrescido de outros 60 (sessenta) dias para a conclusão do inquérito; por fim, a terceira corrente entende que o prazo para a conclusão do Inquérito será o prazo da prisão temporária, neste caso no prazo de 30 dias (trinta) dias, ou, havendo prorrogação da prisão temporária em até 60 (sessenta) dias.

A REFORMA TRABALHISTA E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA.

YONARIA ALVES PATRICIO: Graduanda em Direito pela universidade Federal do Tocantins -UFT

ANA PATRÍCIA RODRIGUES PIMENTEL^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo trata da reforma trabalhista e a concessão do benefício da justiça gratuita como garantia de acesso à justiça. O estudo visa responder quais foram as mudanças ocorridas na concessão do benefício da justiça gratuita advindas da reforma trabalhista, e se estas mudanças restringiram ou ampliaram o acesso do trabalhador à justiça. Objetivando, com isso, analisar se estas modificações preservam o direito constitucional de acesso à justiça. A construção do trabalho foi realizada com base em uma pesquisa teórica utilizando o método descritivo com uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica em doutrinas de Direito do trabalho e processo do trabalho, em sites oficiais, como o portal do Tribunal Superior do Trabalho, bem como também na Constituição Federal, e na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, com as alterações advindas da Lei 13.467/2017. Considera-se um estudo de relevância significativa, pois intenciona disseminar conhecimentos sobre a temática, apresentando informações sobre as mudanças nas regras de concessão do benefício da justiça gratuita, e os impactos causados pela Reforma Trabalhista, neste benefício. Como resultado pode-se notar que as alterações trazidas pela reforma obstaculizaram que o trabalhador procure a Justiça do Trabalho, já que mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, poderá arcar com ônus econômico. Assim, defende-se a inconstitucionalidade dos dispositivos, pois ao analisar as restrições impostas à gratuidade da justiça pode-se afirmar que a Reforma fere radicalmente a Constituição Federal em vários aspectos, e acaba por ser um retrocesso na justiça trabalhista deixando o trabalhador em uma situação de maior vulnerabilidade.

Palavras-chaves: Acesso à Justiça. Beneficiário da justiça Gratuita. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The following article refer to labour law reformulation and the concession of the free justice benefit, also the rights warranty of justice access. This article aimed to study and answering the changes occurred in the granting of free justice benefit as a result of the labor law reformulation, and if whether these changes has restricted or expanded of the worker's access to the justice system aiming analyze

if these changes has preserved the constitutional right of justice access. This article has been done based on a theoretical research using the descriptive method with a qualitative approach, with bibliographic research on labor law doctrines and labor process, on official sites, such as "Portal do Tribunal Superior do Trabalho" (The Superior Labor Court web site), on the Federal Constitution, and also on the CLT - Consolidação das Leis do Trabalho (Labor Laws Consolidation) and the changes coming from Law 13.467/2017. This is a very significant and relevance study, that aims to disseminate knowledge about these subject, bringing information of changes in the rules concession of free justice benefit and the consequences that has caused by the Labor Law Reformulation on this benefit. It can be noted that, as a result of this changes has brought trouble hindered workers from seek Labor Justice, even though they are beneficiaries of free justice, they may bear the economic burden. Thus, the unconstitutionality of the provisions is defended, because by analyzing the restrictions imposed on the gratuity of justice, it can be affirmed that the Reform radically hurts the Federal Constitution in several aspects, and ends up being a step backwards in labor justice bringing the workers a very vulnerable situation.

Keywords: Access to Justice, Beneficiary of Free Justice, Labor Reform.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3. O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA NO PROCESSO COMUM VERSUS O PROCESSO DO TRABALHO. 4. O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A proteção ao direito trabalhista surgiu na busca pela manutenção do equilíbrio entre as partes, já que naturalmente, as relações de trabalho são formadas por partes desiguais. Para a efetivação dessa proteção o Direito do trabalho adota diversos institutos, com o intuito de normatizar e garantir a efetiva proteção ao trabalhador, sendo um desses institutos o benefício da justiça gratuita.

A constituição da República federativa do Brasil de 1988 que foi qualificada como sendo a constituição Cidadã disciplinou os direitos fundamentais do indivíduo, e da coletividade, ou seja, se preocupou com o cidadão ampliando e garantindo seus direitos, e democratizando o acesso à justiça, disciplinou ainda o Benefício da justiça Gratuita como sendo um direito fundamental, e um dos meios eficientes para garantir que todos possam ter de fato resguardados seu direito de acesso à justiça. Tal benefício encontra-se disciplinado no art.5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, bem como na lei nº 1.060/1950, conhecida como Lei da Assistência Judiciária, que

apesar de tratar da assistência judiciária, traz também requisitos para a concessão do benefício da justiça gratuita, e está expresso também no artigo 790, inciso 3º e 4º da Consolidação das Leis do Trabalho- CLT.

O judiciário é visto como um meio para a solução de litígios, no entanto, acessar o judiciário, nem sempre é fácil, em decorrência dos diversos obstáculos que são enfrentados pelos cidadãos. E tais dificuldades são mais evidentes quando se trata das pessoas carentes, sendo a falta de condições financeiras um dos principais obstáculos ao acesso à justiça.

Para amparar os cidadãos hipossuficientes, a Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de que o estado garanta a assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, (art.5º, inciso LXXIV). Tal garantia é sinalizando para a efetivação do acesso à justiça por meio da concessão de três benefícios distintos: a justiça gratuita, a assistência jurídica gratuita, e a assistência judiciária gratuita e integral, sendo que todos esses benefícios visam garantir, que todos possam de forma igualitária, ter resguardado seu direito de acesso ao judiciário, assegurando assim que as desigualdades econômicas dêem lugar à igualdade processual.

No processo do trabalho não há o pagamento de custas prévias, visto que estas são pagas ao final com o trânsito em julgado do processo, conforme prevê o art. 789, parágrafo 1º CLT.

Mas para o cidadão ingressar no Judiciário, a princípio não é gratuito, pois ainda que seja ao final, deve haver o pagamento das custas judiciais como: as taxas judiciárias, despesas processuais, honorário de sucumbência, diligência de oficial de justiça, entre outras, sendo que tais despesas vão depender de cada caso.

Acontece que em muitos casos o trabalhador não tem condições financeiras de arcar com tais despesas, levando em consideração que o salário que este recebe é para o sustento próprio e de sua família, não sendo suficiente para arcar com as custas judiciais, pois se assim o fizer poderá colocar em risco a sua subsistência e de sua família.

O benefício da justiça gratuita é visto como um meio de garantir ao beneficiário o direito de isenção das despesas e taxas processuais, e tais isenções englobam valores que o judiciário cobra para dar seguimento a um processo, ou seja, as despesas judiciais essenciais ao andamento do processo.

Para fazer jus ao benefício, alguns requisitos devem ser observados, tais como, valor da causa, o direito pleiteado, a complexidade do processo, bem como a parte

requerente deve ainda preencher os requisitos cumulativamente estabelecidos na CLT, em seu art. 790, e seus incisos e na Lei N.º. 1.060/1950.

Com a vigência da Lei 13.467/2017, intitulada Reforma Trabalhista, muitas mudanças substanciais foram introduzidas na Consolidação Das leis do Trabalho-CLT, ocasionando importantes implicações nas relações de trabalho e emprego, pois alterou os requisitos e procedimentos para a concessão do benefício da justiça gratuita. Uma das alterações mais significativa trazida pela Lei supracitada foi a modificação do artigo 790 da CLT, onde foi incluído um parágrafo que alterou os moldes para a concessão do benefício da justiça gratuita. Sendo que também houve mudança significativa nos artigos 790-B e 791-A, que passaram a conter regras que tratam especificamente das questões relacionadas ao benefício da justiça gratuita.

Essas mudanças são apontadas como um possível causador da queda do ajuizamento de novas ações na justiça do trabalho, levando em consideração que a gratuidade da justiça sempre foi determinante ao estímulo na busca de reparação de direitos inadimplidos durante o contrato de trabalho, e essa mudança pode gerar um afastamento considerável do trabalhador de uma prestação jurisdicional efetiva, podendo inibir o acesso à justiça,

A nova legislação trabalhista repercutiu profundamente na Justiça do Trabalho, assim, tal dispositivo que trata de um benefício tão relevante para o trabalhador, merece ser analisado à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de forma que seja possível verificar como essas mudanças afetam o acesso do trabalhador à justiça, e os impactos causados pela aplicação dessas regras no julgamento de ações trabalhistas.

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma reflexão acerca dos requisitos para concessão do benefício da justiça gratuita, na relação jurídica de emprego, fazendo uma comparação de como se dava a concessão de tal benefício antes da Reforma Trabalhista, instituída pela lei 13.467 de 13 de julho de 2017, e como ficaram os requisitos e procedimentos para essa concessão a partir da reforma. Objetivando ainda verificar se a reforma trabalhista, no aspecto processual, criou mecanismos que comprometem ou facilitam o acesso do trabalhador à justiça, e se as mudanças trazidas pela reforma de fato asseguram o acesso de todos à prestação jurisdicional, independente de suficiência de recursos.

O trabalho se organiza em três capítulos além da introdução e a conclusão. Sendo que o primeiro capítulo tratará do acesso à justiça enquanto direito fundamental na Constituição federal, buscando conceituar o que é a assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita, traçando as diferenças entre elas.

O segundo capítulo se destina a apresentar como se concede o benefício da justiça gratuita na justiça comum e na justiça do trabalho, fazendo uma comparação entre ambos, será usado como referencial para tal comparação a Lei 1060/50, e o CPC e a CLT com as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017.

O terceiro capítulo aborda as hipóteses de concessão do benefício da justiça gratuita, fazendo um comparativo de como se dava a concessão antes da reforma, e o que mudou após a reforma. Desta forma será possível chegar a uma conclusão se tais alterações no benefício da justiça gratuita são benéficas ou não para o trabalhador, e se estão em conformidade com os princípios protetivos consagrados na Constituição Federal.

2.0 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No Brasil apesar de já haver previsão em constituições anteriores, foi a partir da Constituição de 1967 que o direito ao acesso à justiça foi efetivamente garantido ao povo brasileiro, pois este veio expresso no art. 150 §4º da Constituição de 1967, bem como nos §§ 15 e 32 do referido dispositivo constitucional ao qual assegurava os direitos à ampla defesa, ao juiz natural e a assistência judiciária aos necessitados.

Mas foi a Constituição de 1988 que inovou o sistema jurídico, ao incorporar no art.5º, no rol dos direitos fundamentais, formas de efetivar o acesso à justiça por meio da assistência jurídica integral e gratuita, da assistência judiciária e do benefício da justiça gratuita, sendo tais benefícios garantido aos que comprovarem insuficiência de recurso. A partir de tal previsão constitucional se configura uma maior valorização da justiça, e a garantia de que esta fosse acessível para todos os cidadãos.

O direito ao acesso à justiça é um tema amplamente discutido, sendo que uma das maiores indagações sempre foi como garantir que todos, ou pelo menos o maior número possível de pessoas tivesse a oportunidade efetiva de posicionar-se diante do judiciário e solicitar a tutela dos seus interesses.

Sendo este um tema de grande relevância, Cappelletti e Garth (1988, p.12), observa que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como um requisito fundamental – O mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”. Pois o acesso à justiça é direito humano fundamental, e um pressuposto para o exercício da cidadania, sendo essencial para a concretização dos demais direitos, e de grande importância para a vida em sociedade, uma vez que busca harmonizar as relações

existentes no meio social, garantindo a efetiva prestação do poder judiciário na resolução da lide.

O direito ao acesso à justiça nem sempre foi reconhecido e respeitado, visto que em meados do século XVIII e XIX, era representado apenas o direito formal de ingresso em juízo, pois era pregada a idéia de que sua função não era assegurar o pleno exercício, mas simplesmente impedir que tal direito fosse violado. Assim, o poder judiciário permanecia inerte, reservando a possibilidade de utilizar-se da justiça apenas aqueles que pudessem arcar com as custas, ou seja, uma pequena parcela da sociedade.

Com o passar dos anos a legislação foi evoluindo, e passando por diversas transformações, o que permitiu a criação de políticas que visa garantir que os cidadãos tenham efetivamente o direito de acessar ao judiciário. Aos poucos o direito de ingressar no sistema jurisdicional, passou a ser reconhecido como um direito extensivo a todas as pessoas, e o Estado passou a planejar meios para a sua promoção social, proporcionando a acessibilidade dos menos favorecidos à justiça, e garantindo que a tutela jurisdicional seja alcançada de forma justa e célere por todos, independentemente da sua condição financeira.

A Constituição Federal traz o princípio do acesso à justiça, como um norteador da ordem jurídica brasileira, sendo este um meio garantidor do amplo acesso, atribuindo ao Estado a obrigação de criar uma justiça mais célere, desburocratizada e igualitária, que efetivamente garanta que todos os cidadãos hipossuficientes tenham o auxílio necessário para postular a tutela dos seus direitos. Este princípio garante não somente a possibilidade de ajuizamento da demanda, como também a apreciação da mesma, seguida de um julgamento justo de acordo com as regras do ordenamento jurídico, nesse sentido Candido Dinamarco observa que:

O acesso à justiça é o mais elevado e digno dos valores no âmbito processual, sendo que todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos. (DINAMARCO 2003. P.12 E 13).

Torna-se evidente que sem essa garantia constitucional, em decorrência da desigualdade de condições econômicas, ter-se-ia como cenário o que Giannakos advoga: "que sem serem oferecidas as condições mínimas para os carentes, para que pudesse atuar em juízo, a justiça restaria lenta, e com uma grande desigualdade de acesso, pois estes não poderiam fazer valer seus direitos por falta de meios". (GIANNAKOS, 2008, p. 20).

No que tange ao seu conceito a expressão **acesso à justiça** é de difícil definição, pois não comporta apenas o significado com o qual é normalmente definida, que pressupõe apenas acesso ao judiciário, de fato a expressão possui um significado bem mais abrangente. E não deve ser compreendido apenas como acesso ao judiciário, mas também como o acesso a uma ordem jurídica justa, que produza resultados justos e igualitários, assim como afirma Cappeletti e Garth.

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELETTI E GARTH (1988, p.8)

Para Tavares “a expressão acesso à justiça tem como função estabelecer no meio jurídico um sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar ou resolver seus litígios sob o apoio do Estado, devendo tal sistema ser igualmente e socialmente justo” (TAVARES, 2012, p.730).

Mauro Schiav preconiza que “a acessibilidade ao poder judiciário é um direito fundamental de qualquer pessoa para a efetivação de seus direitos, necessitando ainda, que o procedimento seja justo e que produza resultados justos” (SCHIAVI, 2017, P.15).

Assim, o princípio do acesso à justiça deve ser interpretado da forma mais ampla possível, e não somente como o direito a ter uma demanda apreciada pelo juiz imparcial, como afirma Mauro Schiav:

O acesso à justiça deve ser compreendido como o acesso a uma ordem jurídica composta por princípios e regras justas e razoáveis, que possibilite, ao cidadão meios razoáveis para o ingresso da demanda em juízo, bem como possibilite o acesso a todos os meios necessários para a garantia dos seus direitos (SCHIAVI, 2018, p.98).

O acesso à justiça está intimamente ligado a dignidade da pessoa humana, e prevê a igualdade de armas, como garantia de que o resultado final de uma demanda dependa somente do mérito dos direitos discutidos e não de forças externas, e tem como meta não fazer uma justiça do pobre, mas uma justiça que todos tenham acesso, inclusive o pobre.

Quando se trata da temática de acesso à justiça, alguns doutrinadores subdividem tal acesso em espécies, sendo elas: assistência judiciária, justiça gratuita e benefício da justiça gratuita. Muitas vezes essas espécies são tidas como sendo sinônimos, por apresentar feições semânticas assemelhadas. No entanto, estas são consideradas subdivisões do acesso à justiça, que é considerado como um gênero conceitual.

Para que não haja essa confusão terminológica é importante que seja diferenciada a assistência judiciária da assistência jurídica e da justiça gratuita, pois apesar de ambos os institutos tratarem do atendimento as pessoas que necessitam da justiça, cada instituto tem uma finalidade diferente. A assistência judiciária e a justiça gratuita diferenciam-se enquanto respectivamente gênero e espécie.

A diferenciação dos institutos trazida por Pio Figueiredo Junior e Jose Francisco Ferreira (2002, p.34), assim se define “a assistência judiciária engloba tanto a nomeação de advogado dativo como a isenção de despesas processuais logo em seguida afirma que a justiça gratuita é espécie que diz respeito apenas à isenção de tais despesas”.

Com isto, a Assistência Judiciária Gratuita revela o direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais. Este instituto está consagrado no art. 5º, LXXIV, da CRFB/88: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Apesar de haver possibilidade de esse tipo de assistência ser prestada por órgãos não estatais, é imprescindível que essa obrigação seja do Estado, “que deve estruturá-la e concedê-la gratuita e integralmente aos hipossuficientes, o que se realiza pela Defensoria Pública, seja da União ou dos Estados, sendo esta uma instituição de essencial função jurisdicional do Estado, (GIANNAKOS, 2008, P.26)

O professor Ernesto Lippmann ensina que:

Assistência judiciária é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo juiz. Enquanto que a justiça gratuita consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, é um instituto de direito processual. (LIPPMANN 1999, p.10)

No âmbito da justiça do trabalho, por sua vez, a assistência judiciária é disciplinada pela Lei 5.584, de 1970, que em seu artigo 14 diz que “Na justiça do trabalho, a assistência judiciária a que se refere à Lei nº 1.060/1950, será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertença o trabalhador, mesmo que o trabalhador não seja filiado ao sindicato”. Nesse caso a Assistência Judiciária, refere-se patrocínio gratuito da causa por um profissional habilitado, que além da assistência jurídica, deve prestar também consultoria e orientação jurídica para o beneficiário.

Existe ainda a obrigatoriedade de concessão de assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho ser concedida supletivamente pelo Estado, através de Promotores ou Defensores Públicos, conforme art. 17 da Lei n. 5.584 de 1970: “Quando, nas respectivas comarcas, não existir Juntas de Conciliação e Julgamento ou não existir Sindicato da categoria profissional do trabalhador, é atribuído aos Promotores Públicos ou Defensores Públicos o encargo de prestar assistência judiciária prevista nesta lei”.

A Justiça gratuita é uma espécie do gênero assistência judiciária, visando assegurar ao cidadão a isenção das custas e despesas judiciais e extrajudiciais relativas aos atos indispensáveis ao andamento do processo até o seu provimento final. Sendo que não abrange somente as custas relativas aos atos processuais a serem praticados, mas também as despesas decorrentes da efetiva participação na relação processual. Este é um instituto de ordem processual e a sua concessão está condicionada à comprovação pelo postulante de sua carência econômica, perante o próprio Juiz da causa.

Theodoro Junior preceitua que “O benefício da gratuidade não consiste na isenção absoluta de custas e honorários, mas na desobrigação de pagá-los enquanto persistir o estado de carência, durante o qual ficará suspensa a exigibilidade do crédito até a fluência do prazo de cinco anos, a contar da sentença final.” (THEODORO JR.2005, p. 90)

O conceito mais utilizado para definir justiça gratuita é o apresentado por Mauro Schiav onde, que diz que “a justiça gratuita é identificada como sendo o direito à gratuidade das taxas judiciárias, custas emolumentos, despesas com editais, honorários de peritos e etc., ou seja, não terá a parte um advogado fornecido pelo estado, mas não pagará as despesas do processo” (SCHIIV, 2009, p. 288).

A justiça gratuita constitui somente um meio de acesso do necessitado ao direito de ação pela isenção do pagamento das despesas processuais, sendo este o benefício concedido ao necessitado com o intuito de garantir que este tenha meios

de movimentar o processo e utilizar os serviços do judiciário, ficando isento de algumas despesas processuais.

Já a assistência jurídica é um instituto de organização do Estado, que tem por objetivo principal a indicação de advogado ao indivíduo que pretende buscar a tutela jurisdicional perante o Poder Judiciário e não tem condições financeiras de contratar um advogado particular.

Refere-se a um direito da prestação de serviços tanto processual como consultivos às pessoas necessitadas, que deverá ser prestado pelo Estado, por intermédio da defensoria pública aos que comprovarem insuficiência de recursos, e inclui a orientação jurídica, e a defesa em todos os graus dos mesmos (art. 5º, LXXIV, c/c art. 134, caput, ambos da CF/88).

Na visão de Augusto Tavares Rosa Marcacine este instituto da assistência jurídica é conceituado como sendo:

Um instituto que engloba a assistência judiciária, e a justiça gratuita, sendo ainda mais ampla que os mencionados, por envolver também serviços jurídicos não-relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade. (MARCACINE 1996, p. 31)

Portanto, percebe-se que apesar de haver distinção entres os institutos da assistência judiciária gratuita, benefício da justiça gratuita e assistência jurídica, estes se completam na concretização do acesso à justiça aos hipossuficientes, assegurando que estes tenham condições de ingressar no judiciário para reclamar seus direitos. Sendo então uma obrigação do Estado proporcionar meios para que todos possam litigar em condições de igualdade, e obtenha um resultado processual justo, garantindo que tais benefícios proporcionem a aplicação imparcial e equânime da justiça.

3.O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA NO PROCESSO COMUM VERSUS O PROCESSO DO TRABALHO

No processo comum, a parte em regra tem o ônus de arcar com assuas custas, e antecipar o pagamento dos atos para que assim o processo possa dar prosseguimento, enquanto que no processo do trabalho, antes da reforma trabalhista, de acordo com o art. 789A da CLT, as custas eram sempre de responsabilidade do executado, e pagas ao final do processo.

Nem todos os trabalhadores possuem recursos financeiros para arcar com o pagamento de todas as despesas inerentes ao processo, e tendo em vista essa problemática, a Constituição Federal instituiu como direito fundamental o benefício da justiça gratuita, que é um instituto de natureza processual, que deve ser requerido ao juiz da causa, e que implica a dispensa provisória das despesas, sendo que este benefício está intimamente ligado ao estado de pobreza do postulante.

Fredie Didier Jr e Rafael Alexandria de Oliveira conceituam e expõem o objetivo do benefício da seguinte forma:

O benefício da justiça gratuita consiste na dispensa do adiantamento de despesas processuais (em sentido amplo). O seu objetivo é evitar que a falta de recursos financeiros constitua um óbice intransponível ao acesso à justiça. O direito à justiça gratuita, como visto, constitui direito fundamental do jurisdicionado (art.5º, LXXIV, CF). (FREDIE DIDIER, RAFAEL ALEXANDRIA 2016, P.21)

O benefício da justiça gratuita garante ao trabalhador a isenção das taxas judiciárias, custas e emolumentos, honorários de peritos, despesas com editais, etc., mesmo não tendo a parte direito a um advogado do Estado, esta não pagará algumas despesas do processo.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, inciso LXXIV, a previsão de que gozará dos benefícios da justiça gratuita todo aquele que comprovar insuficiência de recurso, enquanto que o CPC/2015 traz também a previsão de que desde que necessitados, a justiça gratuita pode ser outorgada tanto aos brasileiros como aos estrangeiros que residem no Brasil, e que comprove insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios.

Inicialmente o benefício da justiça gratuita era disciplinado pela lei 1.060 de 5 de fevereiro de 1950, no entanto com a vigência do CPC/2015, que também trouxe a previsão do benefício, alguns artigos da lei 1.060/50 foram revogados, e, com isso, a gratuidade está sendo regulada pelos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil em vigor, e pelos dispositivos não revogados da Lei 1.060/50.

No processo do trabalho o instituto é regulado pelo Art.790, parágrafo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, e assim como no Processo Civil garante aos seus beneficiários a isenção do pagamento de algumas custas processuais.

De acordo com Theodoro "A concessão do benefício não consiste na isenção absoluta de custas e honorários, mas apenas na desobrigação de pagá-los enquanto

persistir o estado de carência, durante o qual ficará suspensa a exigibilidade do crédito até a fluência do prazo de cinco anos, a contar da sentença final” (THEODORO JR, 2005, p.90).

O benefício da justiça gratuita é fundamental para garantir o acesso à justiça, bem como também colocar as partes em condições de igualdade para litigar, pois em muitos casos o trabalhador deixa de ajuizar uma ação por não ter condições financeiras de arcar com as despesas processuais, despesas que na justiça do trabalho acaba por ter um valor elevado, o que faz com que o trabalhador deixe de buscar seus direitos judicialmente.

Na Justiça Comum o benefício da justiça gratuita na legislação infraconstitucional encontra-se regulamentado pela Lei 1.060/50, conhecida como Lei de Assistência Judiciária, outorgando aos brasileiros e estrangeiros aqui residentes, desde que necessitados, a isenção de pagamento de despesas processuais até a solução final da causa, e estabelece critérios para a concessão do benefício para aqueles que não têm condições de arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios. Estando também disciplinada no Código de Processo Civil, que em observância a legislação antiga e as jurisprudências contemporâneas, inova ao garantir, tanto a pessoa natural quanto à pessoa jurídica, o direito à justiça gratuita conforme as normas do artigo 98 caput e parágrafo 1º do CPC.

No Código de Processo Civil o legislador entende a justiça gratuita exclusivamente como o patrocínio das despesas processuais, incluindo custas iniciais, as despesas com citações, seja por cartas, oficial de justiça ou mesmo editalícia, as despesas com emolumentos cartorários e honorários periciais.

Considerando que a Lei 1.060/50 era omissa quanto à gratuidade da justiça, o Código de Processo Civil melhora o alcance desse benefício, e o legislador além de trazer no Caput do artigo 98 aqueles que podem ser beneficiários da justiça gratuita, traz ainda no próprio artigo 98, § 1º qual a sua extensão, ou seja quais as despesas processuais podem ser abrangidas pelo benefício da justiça gratuita, o que segue transcrito:

Art. 98, § 1º A gratuidade da justiça compreende:

I – as taxas ou às custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

No art. 98, parágrafo 4º do CPC/2015, "a concessão da gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final as multas processuais que lhe sejam impostas", sendo que a concessão do benefício não exclui o dever do beneficiário de pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios. Isso porque, no processo civil, o deferimento da gratuidade está vinculado à alegação do requerente da insuficiência de recursos, sendo que a alteração positiva do status financeiro do beneficiário gera a revogação do benefício, com o que surge o dever de adimplemento das despesas processuais. Então o benefício só prevalece enquanto vigorar a situação de pobreza.

De acordo com a Lei 1.060/50, sucumbente o assistido e prevalecendo o déficit financeiro, suspende-se a condenação da execução pelo prazo de 5 anos, ao final desse prazo de 5 anos, caso o beneficiário ainda não possua recursos financeiros para arcar com as despesas processuais ocorrerá a extinção da obrigação de adimplir tais despesas.

No processo civil ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita ainda assim persiste a condenação ao pagamento pelas despesas decorrente de sua sucumbência, pois de acordo com a nova sistemática do código de processo civil, o beneficiário da justiça gratuita não goza de isenção do ônus de arcar com a condenação a título de honorários de sucumbência. O juiz deverá declara na sentença, o valor devido a título de honorários sucumbenciais, entretanto suspenderá o pagamento da aludida quantia, quando a parte litigar sobre a égide da gratuidade da justiça.

Nesse sentido Fredie Didier Junior (2016, p.100) dispõe que:

É necessário que essa demonstração seja feita dentro de cinco anos contando da data do trânsito em julgado da decisão que certificou o direito as verbas de sucumbência. Esse prazo não é prescricional. O juiz deve condenar o beneficiário vencido ao pagamento de despesas e honorários, fixando-os normalmente. A obrigação que aí é certificada se sujeita-se uma condição e a um termo que decorrem da lei; sua exigibilidade fica automaticamente suspensa até que sobrevenha a demonstração da mudança de cenário financeiro (condição suspensiva); se isso não ocorrer em cinco anos, a obrigação se extingue (termo resolutivo).

Quanto ao requerimento do pedido de gratuidade, o CPC prevê em seu artigo 99 que: "O pedido da gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, no requerimento para ingresso de terceiro no processo ou em recurso".

Entende-se que a gratuidade da justiça, sob as regras do Código de Processo civil - CPC se revela constitucionalmente mais adequada, em comparação com a legislação anterior, na medida em que a atual redação tem como finalidade a garantia constitucional de acesso à justiça e a efetividade da jurisdição.

Já no Processo do Trabalho a regulamentação está no artigo 790, parágrafo 3º da Consolidação das leis do Trabalho – CLT, onde está previsto as regras de concessão do benefício, sendo que para fazer jus ao benéfico o requerente deve preencher cumulativamente os requisitos estabelecidos tanto na CLT, como na lei de assistência judiciária.

O Direito do Trabalho se firmou como ramo autônomo do direito, dissociando-se do Direito Civil, em decorrência da desigualdade prevista nas relações trabalhistas que não permitiam a aplicação da lei civil como melhor solução jurídica a um ramo tão importante do Direito e de tamanha especificidade.

O processo civil não tem caráter substitutivo ao direito laboral, não existindo relação hierárquica entre direito civil e direito do trabalho.

Por ter essa autonomia o Direito do Trabalho possui regras próprias ao tratar o processo, sendo prevista a subsidiariedade das normas do processo comum apenas nos casos em que a legislação trabalhista for omissa, assim como previsto no art. 769. CLT. Assim o processo laboral pode adotar procedimentos mais adequados às necessidades dos seus litigantes, sempre atento às diferenças sociais, e buscando a efetividade da prestação jurisdicional.

O artigo 790 – B da CLT que dispõe que "A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária da justiça gratuita". Corrobora com viés protetivo da norma celetista, o legislador ao normatizar o instituto da justiça gratuita, na justiça do trabalho, buscou garantir o acesso à justiça ao trabalhador, se preocupando ainda em aplicar os princípios protetivos, levando em consideração o desequilíbrio econômico existente entre o trabalhador e o empregador, garantindo assim a paridade de armas.

Com a aprovação da Reforma Trabalhista, instituída pela Lei 13.467/2017, muitas foram as mudanças ocorridas na CLT, mas especificamente nas regras de concessão do benefício da justiça gratuita. Desde a aprovação da reforma, surgiram muitas discussões sobre as conseqüências práticas das mudanças promovidas no texto da Lei, visando compreender se estas estão de acordo com a atual noção de acesso à justiça, como um importante direito fundamental, e que é de suma importância para garantir o exercício dos direitos sociais.

Entende-se que o princípio da proteção do hipossuficiente contribui para que a diferença entre a classe patronal e operária seja atenuada, tendo em vista que o trabalhador já entra na relação de emprego em desvantagem, seja por ser economicamente vulnerável, seja por ter plena dependência daquele emprego para sua sobrevivência, aceitando condições cada vez menos digna de trabalho. Sabemos que é inevitável que as leis trabalhistas sejam modificadas para melhor adequação às necessidades de um mundo cada vez mais moderno, o grande desafio é garantir que essas mudanças não acarretem supressão de direitos constitucionais.

No Processo do Trabalho existem requisitos indispensáveis para a concessão do benefício da justiça gratuita, que estão previstos no art. 790 §3º da CLT, e na Lei nº. 1.060/1950. Preenchidos esses itens, a concessão deixa de ser uma faculdade do magistrado e passa a ser um direito do administrado, podendo ser concedida tanto mediante requerimento da parte interessada quanto *ex officio* pelo juiz.

A Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 alterou vários dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, trazendo inúmeras discussões sobre sua aplicabilidade e sobre sua constitucionalidade, sendo que a maioria das discussões está em saber até que ponto essa nova disciplina prejudica ou restringe o acesso do trabalhador à justiça.

Antes da Reforma Trabalhista a gratuidade da justiça poderia, de acordo com o artigo 790, §3 da CLT, “ser concedida de ofício pelos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância, estando inclusos instrumentos e traslados”.

Era previsto também que não era necessário para a concessão que a parte estivesse assistida por sindicato ou que sofresse de pobreza extrema, somente que fizesse jus a remuneração igual ou menor que o dobro do mínimo legal, ou que fizesse declaração alegando falta de condições de suportar as despesas processuais sem comprometer seu sustento e da sua família.

No processo do trabalho, o instituto da justiça gratuita encontra previsão no art. 790 e parágrafos da CLT, com atenção especial ao §3º que determinava que alguém que possuía a renda de até dois salários mínimos era presumidamente pobre e assim seria dispensado do pagamento de custas. No próprio parágrafo 3º também estava determinado que não apenas estes teriam direito à gratuidade, mas todo aquele que declarasse que não possuía condições financeiras de arcar com as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Assim entendia-se que tanto por força do art. 1º da Lei n. 7.115/83, quanto subsidiariamente por força do art. 99, § 3º, do CPC/2015, que quando firmada por pessoa natural a declaração de pobreza era presumidamente verdadeira, sendo que esta precisava ser necessariamente assinada pela própria parte ou por advogado com poderes específicos, de modo que bastava que a parte juntasse essa declaração de pobreza para que fosse concedida a gratuidade ao litigante, cabendo à parte contrária produzir provas capazes de infirmar a referida declaração. Assim era previsto no artigo em comento:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

(Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

A primeira hipótese (receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal) contemplava uma presunção legal de veracidade do estado de pobreza, baseada em um critério objetivo: recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal. A segunda hipótese, por sua vez, estava relacionada àqueles que, a despeito de receberem salário superior ao dobro do mínimo legal, pois se recebessem salário até o dobro do mínimo legal estariam contemplados na primeira hipótese, declarassem, sob as penas da lei, que não possuíam condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Na seqüência vinha uma importante disposição acerca dos honorários periciais, nos seguintes termos: “Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita”.

Sendo o beneficiário da justiça gratuita sucumbente no objeto da perícia, e independente do valor que auferisse com a reclamatória, o pagamento dos honorários periciais ficavam a cargo da União, e sendo a reclamada sucumbente na perícia, era de sua responsabilidade o adimplemento dos honorários do perito.

De forma sucinta, eram nesses termos que se tratavam estes artigos que disciplinava diretamente o benefício da gratuidade antes da vigência da reforma trabalhista, e as mudanças foram significativas e afetam diretamente o trabalhador.

Com a vigência da reforma trabalhista as modificações que incorrem sobre o art. 790 da CLT, e seus incisos, alteraram a sistemática para a concessão do benefício até então existente na CLT, e conferiu nova redação ao § 3º do art. 790, também incluiu neste mesmo artigo o § 4º, que alterou significativamente os moldes para a concessão do benefício.

A reforma alterou a regência normativa do art.790 da CLT que trata do instituto da justiça gratuita, sendo que o mencionado artigo ganhou a seguinte redação.

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.
(Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

(...)

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (Incluído pela Lei 13.467, de 2017).

Com a modificação, o art.790 §3º, da CLT, alterou o parâmetro numérico, no tocante a presunção de hipossuficiência econômico-financeiro de forma que, acima desse nível, torna-se necessária a comprovação de insuficiência de recursos para pagamento das custas do processo.

Assim passou a disciplinar o parágrafo 3º do art. 790 da CLT:

É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Durante a tramitação da Lei 13.467/2017, o Deputado Rogério Marinho, um dos defensores da reforma, argumentou que:

A redação dada ao aos §§ 3º e4º do artigo 790 da CLT, não tinha o objetivo de dificultar o acesso à justiça, mas sim torná-la efetiva, evitando as ações em que o benefício era concedido, mediante mera declaração de pobreza a pessoas que dele não deveria usufruir, e que com a nova redação, visa garantir que o instituto seja utilizado por aqueles que realmente necessitam.

A alteração promovida pela Reforma Trabalhista altera a hipótese que contempla uma presunção legal de veracidade do estado de pobreza, substituiu o critério até então vigente (recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, o que, considerando os valores atuais, no ano de 2020, significaria

receber salário igual ou inferior a R\$ 2, 090), pelo critério de recebimento de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que, considerando os valores atuais, no ano de 2020, significa receber salário igual ou inferior a R\$ 2.335 58). Tal alteração se deu porque de acordo com a súmula vinculante nº 4, do STF, o salário mínimo não pode ser indexador de base de cálculo.

Percebe-se que esta alteração traz uma flexibilização na medida em que passou a permitir ao Juiz, a requerimento ou de ofício, a concessão do benefício da justiça gratuita a quem receba salário entre R\$ 2.090a 2.335,58, o que não seria possível caso mantido o critério do recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo.

Já com relação ao § 4º do art. 790 da CLT, que foi incluído pela reforma trabalhista, é possível identificar uma mudança substancial, sendo que a primeira está relacionada à impossibilidade de concessão de ofício do benefício da justiça gratuita àqueles que recebam salário superior a 40% do teto do INSS, já que a possibilidade de concessão de ofício da justiça gratuita está prevista apenas no § 3º do art. 790 da CLT, que, após a Reforma Trabalhista, passou a contemplar apenas uma hipótese de concessão, sendo ela: receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Na hipótese da parte receber salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, a concessão do benefício está condicionada ao seu requerimento, e, conseqüentemente, a comprovação da necessidade do mesmo, sendo, portanto, vedada a sua concessão de ofício pelo Magistrado.

Outro ponto introduzido pela reforma trabalhista foi a substituição da expressão **declarar** pela expressão **comprovar**, de modo que é possível entender que, a partir da Reforma Trabalhista, não basta que a parte receba salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência social declare, sob as penas da lei, que não possui condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Faz-se necessário que a parte requerente ao alegar não ter condições de arcar com as custas, comprove, mediante documentos, que mesmo recebendo salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência social, não possui condições de pagar às custas do processo.

Percebe-se então que não é mais suficiente a mera declaração de hipossuficiência, que poderia ser feita de próprio punho ou por procurador dotado de poderes específicos, uma vez que predominava o princípio da presunção de veracidade para o trabalhador.

Sofreram também significativas alterações no que tange à gratuidade da justiça, como os relacionados ao pagamento de custas judiciais, a fixação de honorários advocatícios e honorários periciais para as partes sucumbentes na pretensão, ferindo princípios constitucionais da assistência gratuita e acesso ao judiciário.

O artigo 790-B da CLT é uma das novidades da reforma trabalhista e regulamenta o pagamento da prova pericial e sua incidência em relação aos beneficiários da gratuidade de Justiça. O *caput* do dispositivo estabelece regra semelhante à do artigo 95, parágrafo 3º do CPC quando atribui a responsabilidade do pagamento à parte em gozo do benefício quando for ela sucumbente.

A reforma introduziu o art. 790-A e o 790-B ao texto da CLT. O 790-A da CLT trata de outras isenções de custas, além daquelas asseguradas aos beneficiários da justiça gratuita. Por exemplo, são isentos de custas a União e o Ministério Público do Trabalho. Enquanto que o art. 790-B estabelece que:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita:

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelos encargos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

E no parágrafo 4º do artigo 790-B da CLT a sistemática apresentada destoa por completo do artigo 95, parágrafo 3º do CPC quando estabelece a fonte de custeio da prova pericial feita em favor de parte beneficiária da gratuidade de Justiça. A diferença é que pelas regras do CPC, a perícia feita em favor de parte beneficiária da gratuidade da justiça será custeada com recursos alocados em orçamento do ente público, e realizada por servidor do poder judiciário ou por órgãos públicos conveniados, (art.95, parágrafo 3º, I do CPC) ou também custeados pelo orçamento das pessoas jurídicas de direito público quando feita por particular, seguindo os parâmetros definidos pelo tribunal ou Conselho Nacional de Justiça - CNJ (artigo 95, parágrafo 3º, II do CPC).

Ao passo que pela nova regra prevista na CLT, será o beneficiário da gratuidade de Justiça obrigado a arcar com o pagamento das custas da prova pericial se neste ou em qualquer outro processo tenha obtido créditos que possam suportar a referida despesa, e apenas no caso de não haver o ganho patrimonial é que a União arcará com os custos da prova técnica.

O beneficiário da gratuidade de Justiça requer a prova pericial e vê seu pedido parcialmente acolhido, o que gera a sucumbência recíproca, assim será ele obrigado a pagar as custas da prova pericial que serão abatidas do crédito que lhe será devido pelo reclamado no momento do cumprimento de sentença. O legislador estabeleceu verdadeira medida confiscatória, criando uma demanda economicamente insustentável.

Igual sentido é a norma do artigo 791-A, parágrafo 4º da CLT quando estabelece que as despesas processuais devidas pelos beneficiários da gratuidade de Justiça poderão ser exigidas se a parte houver obtido ganhos naquele ou em outro processo, que possam cobrir todas as despesas processuais. Neste artigo, percebe-se que a expropriação, podendo ocorrer em créditos obtidos em outras demandas, fragilizando ainda mais o recebimento das verbas trabalhistas por parte do reclamante.

Um aspecto que difere a justiça comum da justiça do trabalho é a diferenciação do prazo de condição suspensiva de exigibilidade, enquanto que no CPC o prazo é estabelecido em cinco anos pelo artigo 98, parágrafo 3º do CPC, no processo trabalhista o prazo é reduzido para dois anos, de acordo com o art. 791-A, parágrafo 4º da CLT.

E o art. 844, § 2º da CLT, traz a previsão da obrigatoriedade do recolhimento de custas pelo reclamante, quando não comparecer à audiência, o que acarretará o arquivamento do processo, mesmo que o reclamante seja beneficiário da justiça

gratuita. Prevê ainda que em caso de arquivamento por ausência do reclamante, o pagamento de custas é condição para a propositura de nova ação.

Muitos foram os empecilhos formalizados pela reforma trabalhista, o que acaba por mitigar os princípios fundamentais de proteção ao trabalhador, determinando situações onde é promovida à igualdade entre as partes ou exigindo comprovação quanto à condição de hipossuficiência do empregado. Tornando-se assim evidente que as mudanças afetam diretamente o trabalhador, sendo este a parte mais fraca da relação de emprego.

As alterações decorrentes da lei em comento também trouxeram a possibilidade de imposição de penalidades ao trabalhador, o que traz sérios prejuízos à tutela jurisdicional laboral, uma vez que, geralmente, é muito difícil realizar a prova de determinados pedidos, o que pode culminar o não pleiteamento de determinados direitos, visto que a condição de hipossuficiência do trabalhador foi colocada mais uma vez em discussão.

Um dos pontos bastante controverso na Lei 13.467/2017 é o que trata da sucumbência do beneficiário da justiça gratuita, pois tal alteração traz significativo prejuízo ao beneficiário da gratuidade da justiça, pois de acordo com a nova redação trazida pela reforma trabalhista, ainda que o trabalhador seja beneficiário da gratuidade da justiça, se sucumbente pela literalidade do §4º do Artigo 791-A da CLT, terá que arcar com as despesas decorrentes da sucumbência caso altere sua condição de hipossuficiência nos dois anos seguintes ao trânsito em julgado ou receba créditos do processo em discussão, ou ainda em outro processo no qual obtenha êxito.

Na prática tal alteração promoveu a mitigação do princípio da hipossuficiência, favorecendo o empregador, diante das dificuldades ou incertezas quanto à produção de provas da realidade fática da lide trabalhista por parte do trabalhador, uma vez que o controle do contrato de trabalho é realizado pelo empregador, e fica sob a guarda deste.

Percebe-se que diante desta nova realidade onde o trabalhador pode ser sucumbente quando não conseguir provar o que alega, por receio de não ser exitoso em alguns pedidos, acabará, certamente, pedindo menos do que realmente tem direito.

As alterações trazidas pela nova legislação trabalhista estão em desconformidade com os princípios basilares do direito trabalhista, pois nunca que um empregado, ainda que esclarecido intelectualmente e bem remunerado, poderá

medir esforços em condições de igualdade com seus empregadores, que na maioria das vezes geralmente são grandes grupos econômicos que acumulam grande poder.

Com isso, o que houve foi um distanciamento do judiciário por parte do trabalhador menos favorecida economicamente, pois com as alterações realizadas pela Reforma Trabalhista, a pessoa pode se sentir receosa de buscar a justiça e a proteção de seus direitos, o que, por conseqüência, acarreta uma diminuição no ajuizamento de reclamações trabalhistas, por causa da onerosidade decorrente das alterações inseridas na CLT. Tal diminuição ocorre não por que a lei está protegendo mais o trabalhador, e sim por que está colocando obstáculos para que este consiga acessar à justiça.

4.O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O acesso à justiça é uma preocupação que tem sido bastante discutida, uma vez que o ideal de um sistema jurídico capaz de atender a qualquer indivíduo está em consonância com os princípios e direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988.

Na justiça do trabalho o benefício da justiça gratuita tem caráter essencialmente protetivo, e visa beneficiar o trabalhador que não tem condições de arcar com as custas decorrentes do processo. Tal benefício é visto como uma forma de garantir que o trabalhador hipossuficiente tenha respeitado seu direito de acesso à justiça, que é uma garantia constitucional.

O que o processo do trabalho visa com o princípio da proteção é garantir o equilíbrio entre as partes, através de prerrogativas que garantem um tratamento isonômico ao trabalhador, que é considerado parte hipossuficiente da relação processual, respeitando o princípio constitucional da igualdade, e atenuando as disparidades econômicas existentes entre o empregador e o trabalhador.

O benefício da justiça gratuita é um importante meio para a concretização do acesso à justiça, e tido como um mecanismo capaz de promover a igualdade processual entre as partes independente da sua condição financeira, promovendo assim um amplo acesso para todos como previsto na Carta Magna.

Com a vigência da Reforma Trabalhista, as alterações que tangem à assistência gratuita dificultam o acesso ao Judiciário pelo trabalhador, “uma vez que elas remodelam esse instituto de forma muito mais desfavorável a ele, imputando-lhe encargos durante e após o processo judiciário”. (DELGADO, 2017, p.49)

A reforma trouxe mudanças significativas na legislação trabalhista para Carlos Henrique Bezerra Leite:

Percebe-se ainda que os incisos 3º e 4º do art.790 e o art. 790B, caput e inciso 4º da CLT (redação dada pela Lei. 13.467/2017), também dificulta o acesso à justiça do trabalho, pois não permitem a concessão do benefício da justiça gratuita aos trabalhadores que percebe salário superior a 40%(quarenta por cento) do limite Máximo dos benefício do Regime Geral da previdência social ou que não consiga comprovar a insuficiência de recursos para custear as despesas do processo, sendo certo que, mesmo se obtiver o benefício da gratuidade da justiça, o trabalhador poderá ser responsabilizado pelo pagamento de honorários periciais.(BEZERRA LEITE, 2019, p. 95)

Com a aprovação da Lei 13.467/2017, muitas discussões surgiram questionando desde a inconstitucionalidade até à arbitrariedade da Lei, com isso poucos dias depois da promulgação da Lei 13.467/2017 a procuradoria Geral da República –PGR ajuizou a ADI5766.

Perante as arbitrariedades e incoerências da nova lei, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, ajuizou uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade-ADI 5766, em face dos artigos discutidos na pesquisa, quais sejam: Art. 790-B caput e § 4º; 791-A, § 4º; 844, § 2º, o questionamento visa que eles fossem declarados inconstitucionais e, conseqüentemente, retirados do texto da Lei. (CASTRO, 2017).

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade discute principalmente a legalidade dos dispositivos que alteram as regras de concessão da gratuidade para os trabalhadores que comprovem sua condição de hipossuficiência, pois esta impõe restrições inconstitucionais, além de violação aos direitos fundamentais de assistência jurídica integral e gratuita e de acesso à justiça ao trabalhador hipossuficiente.

Esse cerceamento de direito, torna-se ainda mais grave por ocorrer na justiça do trabalho, que está constitucionalmente vocacionada para o atendimento do trabalhador em busca de solução de conflitos decorrentes da violação de seus direitos laborais. Ao restringir significativamente a gratuidade da justiça, a Reforma Trabalhista gera um desequilíbrio na paridade de armas processuais entre os

litigantes trabalhistas, e viola os princípios constitucionais da isonomia, da ampla defesa, do devido processo legal.

A pretensão dessa Ação Direta de inconstitucionalidade é afastar as normas que não estão de acordo com a Constituição Federal, efetivando os princípios consagrados da justiça gratuita, e garantindo o acesso do trabalhador à justiça. Buscando assim manter o caráter protetivo da legislação trabalhista quanto ao empregado, por ser este entendido como parte vulnerável na relação laboral.

5.CONCLUSÃO

Com a problemática apresentada no presente trabalho, buscou-se analisar as mudanças no instituto da justiça gratuita na justiça trabalhista, após a vigência da Lei 13.467/2017, visando demonstrar os impactos causados com as modificações do citado benefício na garantia constitucional de acesso à justiça.

A Reforma trabalhista, promovida pela Lei 13.467/2017, modificou os artigos que disciplinam sobre a gratuidade da justiça, no sentido de mitigar esse instituto, conseqüentemente limitando o acesso ao judiciário.

É notável que houve uma mitigação no instituto da justiça gratuita, pois com o remodelamento do instituto da justiça gratuita, criou-se um empecilho ao exercício do princípio constitucional de acesso ao judiciário, pois levando em consideração que a maioria das ações é oriunda dos hipossuficientes ou desempregados, não se vê razoabilidade em trazer tantas restrições ao instituto da justiça gratuita, uma vez que entraves como estes irão desencorajar a classe trabalhadora, que em regra já está em nível de desigualdade com o empregador, pois não dispõe de recursos financeiros para arcar com as custas da demanda, restando assim comprometido o direito de ação do trabalhador.

Um dos grandes objetivos do legislador ao promover tão grande alteração na legislação trabalhista foi a de reduzir a quantidade de processos ou pedidos formulados em juízo. A queda no número de ações não deve ser encarada como sendo a solução para a quantidade de demanda trabalhista proposta, pois tal redução não se deu em decorrência do aumento da qualidade dos contratos de trabalho. O que de fato acontece é que os empregados ficaram temerosos em buscar o poder judiciário trabalhistas, pois este se mostra um local de insegurança ao trabalhador, que enfrentará diversos riscos ao ingressar com uma ação judicial.

Com isso, é importante que as mudanças sejam interpretadas pelo magistrado à luz do princípio da proteção ao trabalhador, visando manter o equilíbrio das relações trabalhistas, e amparar a parte mais fraca da relação, pois o objetivo da

justiça do trabalho é fazer valer os direitos de ambas as partes dentro da relação jurídica de emprego, sem favorecer ou prejudicar nenhuma das partes, apenas garantindo a cada um o que lhe é de direito.

Portanto é plausível dizer que a Lei nº 13.467/2017 é incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em vista que as alterações feitas nos artigos 790-B, 791-A e 844 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT favorecem um retrocesso na justiça do trabalho, pois dificulta o acesso do trabalhador à justiça, favorecendo a desigualdade social, e transmitindo a idéia de que a justiça somente poderá ser alcançada de forma irrestrita por àqueles que possuem condições financeiras, sendo que a justiça do trabalho sempre teve como objetivo a proteção da parte mais vulnerável, que é o empregado.

Considera-se inadmissível a diminuição do manto protetivo da legislação aos trabalhadores e principalmente a criação de regras com o objetivo desmotivar a classe trabalhadora na busca por seus direitos. Diante disso, não se pode permitir que direito fundamental de acesso à justiça seja restringido por meio da mitigação do instituto da justiça gratuita, afrontando princípios e garantias resguardados e consagrados constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileira

6.REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCopilado.htm > Acesso em: 20 novembro. 2019.

BRASIL. Consolidação das Leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto_lei/De15452.htm. Acesso em: 20 outubro. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988*

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Antônio Escosteguy. A restrição ao acesso à justiça na Lei 13.467/17. 2017. Disponível em: http://www.sul21.com.br/colunas/antonio-ecosterguy-castgro/2017/10/restricao_ao_acesso_justica_na_lei_13_46717/. Acesso em 15 de nov. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Manual de processo do Trabalho. 4.ed. São Paulo: LTr, 2019

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. São Paulo, Malheiros, 2003. P. 12 e 13.

FIGUEREDO JUNIOR pio Antunes FERREIRA, José Francisco. Benefícios da justiça gratuita e direito de ação: Constituição Federal, Art.5º, XXXV, e LXXIV. Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência, São Paulo, n.27, p.34-46, dez.2002, p.34.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Assistência Judiciária no Direito Brasileiro*. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2008.

JÚNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da Justiça Gratuita. 6ª ed. Revista e atualizada*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LIPPMANN, Ernesto. *Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988*, São Paulo: Editora LTR, 1999.p.10.

-----Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Dispõe sobre a Reforma Trabalhista. Brasília, DF. Disponível em: <[HTTPS://www.planalto.gov.br//ccivil_03/ ato2015-2018/2017/lei/13467.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/13467.htm)> Acesso em :10 novembro de 2019

-----Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17. mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: Out. 2019.

-----Lei nº 10.537, de 27 de Agosto de 2002, altera os artigos 789 e 790 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Custas e emolumentos da Justiça do Trabalho. . Acesso em Novembro de 2019

----Lei 5.584 de 26 de julho de 1970. Altera dispositivos da consolidação das leis do trabalho. Brasília. DF. Acesso em: novembro de 2019

---- Lei Nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em 26 de outubro de 2019.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 31.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho – 2ª ed.* – São Paulo: LTR, 2009.

SCHIAVI, MAURO 2018- *Manual de Direito Processual do Trabalho* 15.ed.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo Saraiva, 2012.

NOTAS:

[1] Graduada em Direito pela Universidade Regional de Gurupi, Especialista em Direito Tributário, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Especialista em Direito Civil e Processo Civil, ambos pela Fundação Universidade do Tocantins - UNITINS. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direito Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT.

POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE REAJUSTE NÃO PREVISTO EM EDITAL OU EM CLÁUSULAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE EXECUÇÃO DE OBRA OU REFORMA

JULIANA MELISSA LUCAS VILELA E MELO:

Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Cível e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduada, com especialização em Direito Público (Direito Constitucional) e Privado (Direito Civil). MBA em Licitações e Contratos.

ADRIANA MARTINELLI MARTINS[1]

CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI[2]

(coautores)

Resumo: O presente artigo tem como principal característica a análise da possibilidade de reajuste de preço, como mecanismo para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de obras e reformas, quando inexistir previsão em Edital ou em cláusulas do contrato administrativo. Na sequência, verifica-se o possível índice inflacionário a ser aplicado, bem como a possibilidade de concessão nos contratos com prazo de vigência inferior a um ano, considerando a contagem inicial a partir da apresentação da proposta. Finaliza-se com o exame do alcance do instituto da preclusão, quando o pleito de reajuste de preços em obras e reformas for realizado após a execução dos serviços.

Palavras-chave: Reajuste de preços em obras e reformas. Ausência de previsão em edital e contrato. Índice inflacionário. Anualidade. Preclusão.

Abstract: The main characteristic of this article is the analysis of the possibility of price readjustment, as a mechanism for maintaining the economic-financial balance in works and renovations contracts, when there is no provision in the Notice or in clauses of the administrative contract. Then, the possible inflation index to be applied is verified, as well as the possibility of concession in contracts with a term of less than one year, considering the initial count from the presentation of the proposal. It ends with an examination of the scope of the preclusion institute, when the price readjustment in works and reforms is carried out after the execution of the services.

Keywords: Price readjustment in works and renovations. Absence of provision in notice and contract. Inflationary index. Annuality. Preclusion.

Sumário: Introdução. 1. O reajuste de preço em obras e reformas: mecanismo para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. 2. Direito ao reajuste de preço em obras e reformas independentemente de previsão em edital ou em cláusulas dos contratos administrativos. 3. Da escolha do índice inflacionário para concessão do reajuste de preço em obras e reformas. 4. Do prazo inicial da periodicidade anual para a concessão do reajuste de preço em obras e reformas. 5. Do alcance do instituto da preclusão na concessão do reajuste de preços nos contratos administrativo de obras e reformas. Considerações Finais. Referências.

Introdução

Na busca da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de obras e reformas, a legislação prevê ao contratado o direito de pleitear o reajuste dos preços dos seus serviços, independentemente de previsão em edital ou em cláusula contratual.

Inicialmente, aborda-se no presente artigo sobre a norma constitucional e legislações que dispõem quanto ao direito ao reajuste nos contratos administrativos.

Conclui-se, portanto, que, o reajuste de preços decorre de ordem legal, e não de deferimento administrativo.

Em seguida, estuda-se a escolha do possível índice inflacionário a ser aplicado, considerando a inexistência de previsão em edital ou cláusula contratual, concluindo pela aplicabilidade daquele que vai ao encontro do princípio da economicidade.

Após, indaga-se quanto a aplicabilidade do reajuste de preços em obras e reformas quando a vigência contratual é inferior a um ano, analisando, assim, o prazo inicial da periodicidade anual, conforme disposto na legislação.

Em seguida, demonstra-se o alcance do instituto da preclusão na concessão do reajuste de preços nos contratos administrativos de obras e reformas, demonstrando a necessidade da contratada realizar o pleito anteriormente à execução dos serviços, medição e pagamento.

O interesse e a escolha da temática do presente artigo originam-se da necessidade de demonstrar o direito ao reajuste de preços nos contratos administrativos de obras e reformas, mesmo que não haja previsão em edital ou cláusula contratual, e desde que o pleito ocorra antes da realização dos serviços, para que não incida o instituto da preclusão.

E, por fim, o intuito do presente artigo é asseverar o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de obras e reformas.

1. O reajuste de preço em obras e reformas: mecanismo para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

O inciso XXI do art. 37 da Constituição da República assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos durante toda a sua execução:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...).

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".
(sem destaque no original).

Para garantir efetividade à previsão constitucional, são previstos na legislação ordinária mecanismos para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, dentre os quais se inclui o reajuste de preços.

O reajuste de preços "é a via jurídica adequada para preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido pelas partes, quando elevações de custos, ocasionadas pela variação no poder aquisitivo da moeda, se mostrem capazes de inviabilizar a execução do objeto contratado" (DOTTI, 2016, p. 368).

Em outras palavras, o reajuste visa atualizar o valor do contrato para fazer frente ao desequilíbrio ordinário e previsível provocado pela elevação dos custos de produção, especialmente quando determinada pelo processo inflacionário.

A Lei de Licitações prevê a indicação do critério de reajuste como cláusula obrigatória do ato convocatório (art. 40, inciso XI) e necessária em todo instrumento de contrato (art. 55, inciso III). Confira-se:

“Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...).

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...).

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;”

Em igual sentido, a Lei nº. 10.192/01 prevê que:

“Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

(...).

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”

No que tange aos critérios e demais condições para a efetivação do reajuste, convém transcrever algumas disposições do Decreto nº. 1.054/94, que regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal direta e indireta:

“Art. 5º. Os preços contratuais serão reajustados para mais ou para menos, de acordo com a variação dos índices indicados no instrumento convocatório da licitação ou nos atos formais de sua dispensa ou inexigibilidade, ou ainda no contrato, com base na seguinte fórmula, vedada a periodicidade de reajuste inferior a um ano, contados da data limite para apresentação da proposta:

I - Io

R = V _____, onde:

Io

R = valor do reajuste procurado;

V = valor contratual do fornecimento, obra ou serviço a ser reajustado;

Io = índice inicial - refere-se ao índice de custos ou de preços correspondente à data fixada para entrega da proposta da licitação;

I = índice relativo à data do reajuste.

Parágrafo único. Para a produção ou fornecimento de bens, realização de obras ou prestação de serviços que contenham

mais de um insumo relevante, ou cuja singularidade requeira tratamento diferenciado, poderá ser adotada a fórmula de reajuste abaixo, baseada na variação ponderada dos índices de custos ou preços relativos aos principais componentes de custo considerados na formação do valor global de contrato ou de parte do valor global contratual:

I1 - I1,0 I2 - I2,0 In - In,0

R. = V a1 + a2 + + an

I1,0 I2,0 In,0

R = valor do reajustamento procurado;

V = valor contratual do fornecimento, obra ou serviço a ser reajustado;

II = índice de custos ou de preços correspondente ao parâmetro "al" e relativo à data do reajuste;

In = índice de custos ou de preços correspondente ao parâmetro "an" e relativo à data do reajuste;

I1,0 = índice inicial correspondente ao parâmetro al relativo à data fixada para o recebimento da proposta da licitação;

In,0 = índice inicial correspondente ao parâmetro an relativo à data fixada para o recebimento da proposta da licitação.

a1, a2, ..., an = parâmetros cuja soma é igual a 1 (um)."

2. Direito ao reajuste de preço em obras e reformas independentemente de previsão em edital ou em cláusulas dos contratos administrativos

Vê-se, pois, que no regime da Lei de Licitações e Contratos, o reajuste de preços decorre de ordem legal, e não de deferimento administrativo. A lei impõe à Administração reajustar os preços contratuais.

Interpretando minuciosamente a legislação acima citada, entendemos que o reajuste contratual tem como finalidade substancial manter as condições reais e concretas existentes na proposta, reconquistar os valores contratados pela defasagem gerada por fatores externos que promoveram a variação dos custos do contrato, e impedir o enriquecimento sem causa da outra parte.

No que tange à importância da previsão dos reajustes, como forma legal de resguardar a equação econômico-financeira dos contratos administrativos, transcrevemos Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 595), que entende que a manutenção da equação econômico-financeira “é um direito do contratante particular e não lhe pode, nem lhe deve, ser negado o integral respeito a ela”.

Ainda, há de se considerar a natureza da alteração contratual que implica um reajuste.

De acordo com o entendimento de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2000, p. 407), o reajuste tem como objetivo recompor o valor real da moeda, ou seja, compensa-se a inflação com a elevação nominal da prestação devida. Afirma ainda que: “Não há benefício para o particular na medida em que o reajustamento do preço tem natureza jurídica similar à da correção monetária”. Atenta-se ao fato de que a similaridade não deve ser confundida com identidade. Isso porque o reajuste tem como objetivo a revisão do valor pactuado, considerando fatores ligados ao mercado, os quais alteram os preços e, em consequência, repercutem no acordo. Já a correção monetária é utilizada como forma de manter o valor inicial de um contrato, erodido pela inflação, pelo fenômeno de desvalorização da moeda nacional.

Com entendimento similar, Adilson Dallari (DALLARI, 1997, p. 96) entende que “existe apenas correção do valor proposto, ou seja, simples alteração nominal (...) da proposta do licitante vencedor, sem aumento ou redução real do valor do contrato. Assim, não existe efetiva alteração de coisa alguma, mas sim simples manutenção de valor”.

Dessa forma, mesmo não existindo previsão expressa nas regras editalícias ou contratuais de como se dará o reajustamento da avença que ultrapasse doze meses de duração, certo é que é devido o reajuste, para que se preserve o valor real inicialmente contratado.

A literalidade da interpretação do art. 40, XI, da Lei n. 8.666/93, neste caso, consistiria em aceitar a ocorrência de indesejável desequilíbrio contratual, possibilitando o enriquecimento sem causa do Poder Público. Logo, a convicção aqui firmada intenta favorecer a principiologia que rege a moderna teoria dos contratos, em especial o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da justiça contratual.

Nesse sentido, foi o entendimento do TCU no Acórdão 7184/2018 Segunda Câmara, **ao definir que:**

“O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e conseqüente violação ao princípio da boa-fé objetiva”.

Em relevante apreciação da relação de equilíbrio que deve existir entre os contratantes na seara administrativa, orienta Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 596) que “as avenças entre administração e particular, nominadas contratos administrativos, fazem deste último um colaborador do Poder Público ao qual não deve ser pago o mínimo possível, mas o normal, donde caber-lhe valor real estipulado no contrato ao tempo do ajuste”.

Este é o entendimento que vem sendo sustentado pela renomada doutrina, de que a realização de reajuste visando à preservação da equação econômico-financeira de um contrato administrativo é um direito do particular, ainda que não haja previsão editalícia ou contratual.

Neste sentido, foi a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na qual é tratada especificamente a questão em comento, ou seja, a possibilidade de realização de reajuste sem previsão editalícia ou contratual:

*“O cerne do litígio cinge-se à verificação do direito da empresa apelada, **vencedora da licitação feita pela modalidade concorrência, em ter a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços firmado com o Município de Pará de Minas, tendo-se em vista que a execução da obra contratada ultrapassou o prazo de doze meses inicialmente previstos para o seu término.***

(...)

O Município, contudo, resistiu ao pedido de reajuste, defendendo a ausência de previsão editalícia ou contratual neste sentido.

Contudo, tenho que a equação econômico-financeira do contrato administrativo independe de previsão expressa no instrumento contratual, pois sua gênese tem lugar no próprio texto da Constituição, quando prescreve que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta...” (CR/88, art. 37, XXI).

Daí porque não se pode resistir à pretensão sob o pretexto de observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou ao princípio da legalidade. (TJ/MG. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0471.06.066448-2/001. Relatoria: Des. Albergaria Costa. Julgamento em 03/04/2008.)” (grifo nosso)

Assim, a ausência de previsão no edital ou no contrato administrativo quanto ao reajustamento não pode ser alegada pela Administração Pública como mecanismo de manutenção dos valores iniciais da proposta do particular, pois feriria os deveres advindos do princípio da boa-fé objetiva, e fomentaria o enriquecimento sem causa do Poder Público.

3. Da escolha do índice inflacionário para concessão do reajuste de preço em obras e reformas

Conforme já explicitado, não pode o contratado ser prejudicado pela inércia da Administração, considerando que o direito ao reajuste é algo que advém da lei. Sendo assim, deverá o administrador, para a concessão do reajuste, aplicar variação adotando índice inflacionário para realização do cálculo.

Ao se analisar, novamente, à literalidade do art. 40, XI, da Lei de Licitações, verifica-se que o critério de reajuste dos contratos administrativos pode ser um índice específico ou um índice setorial.

No Acórdão n. 361/2006, o Tribunal de Contas da União determinou “(...) que os reajustes de preços nos contratos que vierem a ser celebrados sejam efetuados com base na efetiva variação de custos na execução desses contratos, mediante comprovação do contratado, admitindo-se a adoção de índice setorial de reajuste, consoante prescreve o art. 40, inciso XI, da Lei n. 8.666/93 (...)”.

Tem-se, pois, que os índices de preços foram elaborados com o intento de uniformizar a medição da inflação, de maneira que a variação dos preços fosse analisada rotineiramente, tendo como parâmetro o valor de alguns determinados produtos.

Relativamente aos índices setoriais, conforme já afirmado, sabe-se que seus percentuais procuram retratar a variação de preços em uma determinada área da estrutura econômico-produtiva do país. Assim, quando o Poder Público o aplica a um instrumento contratual, busca manter seu equilíbrio financeiro a partir da análise dos efeitos da inflação em um certo setor da economia, no qual se situa o objeto da avença a ser reajustada.

No que concerne aos intitulados índices específicos, tal termo, ampliativo, resulta na viabilidade de também serem empregados os chamados índices gerais de preços no reajuste dos contratos administrativos.

Destarte, existe um certo espaço de discricionariedade ao administrador, para que este aplique um índice geral ou setorial de variação de preços, executando sua eleição através de uma exposição dos motivos determinantes da decisão.

Assim, em observância aos princípios da moralidade e da eficiência, consagrados constitucionalmente, é certo que essa opção não é arbitrária.

Segundo posicionamento unânime na doutrina e na jurisprudência, a seleção deve ser realizada entre os índices de preço produzidos por instituições conceituadas, de estatística e pesquisa, como ocorre em relação ao IPC (elaborado pela Fundação Instituto de Pesquisa Econômica) e ao IGP-M (elaborado pela Fundação Getúlio Vargas).

Outrossim, ante a variedade de índices gerais e setoriais, deve ser adotado o que menor percentual represente, acarretando a menor onerosidade possível ao Poder Público, de acordo com o que determina o princípio da economicidade.

À vista disso, poderão ser utilizados como critérios para a concessão de reajuste dos contratos administrativos índices de preços setoriais ou gerais, desenvolvidos por entidades reconhecidas de estatística e pesquisa, com a devida exposição de motivos, sendo preferencialmente adotado o que possua um percentual menor.

Atenta-se ao fato de que o reajuste pela aplicação de um índice setorial ou específico nunca poderá conduzir a montantes que provoquem o aumento dos benefícios do contratado para além da relação estabelecida, inicialmente, na equação econômico-financeira da avença.

Portanto, em que pese a adoção de índice setorial ou específico ser admitida pela Lei n. 8.666/93 na efetivação do reajuste de um contrato administrativo, a incidência de um desses índices não exclui o dever da Administração Pública de aferir a observância do princípio da justiça contratual, e se o caráter comutativo do acordo de vontades está sendo preservado.

A utilização dos índices de preços objetiva manter o equilíbrio financeiro do contrato, o estabelecimento da adequada remuneração do particular, sem perdas inflacionárias, e não ao aumento puro e simples do valor a ser pago pelo Poder Público, mediante um reajuste automático.

4. Do prazo inicial da periodicidade anual para a concessão do reajuste de preço em obras e reformas

O art.2º da Lei nº. 10.192/01, anteriormente transcrito, dispõe que o reajuste de preço será concedido nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. Sendo assim, em uma primeira análise, aparenta-se não ser possível a concessão de reajuste para os contratos que possuem vigência menor que doze meses.

Contudo, a jurisprudência dos Tribunais de Contas da União tem entendimento de que é necessário o estabelecimento de critério de reajuste de preços, “ainda que a vigência prevista para o contrato não supere doze meses” (Acórdão 2205/2016-Plenário). Isso porque a legislação prevê que o interregno mínimo de 1(um) ano deve ser contado da data da proposta da empresa ou da data do orçamento a que a proposta se referir (art.3º, §1º da Lei nº. 10.192/01), o que ocorre anteriormente ao prazo de vigência contratual de 01 (um) ano.

Portanto, há o direito da contratada ao reajuste, mesmo não tendo o contrato sido assinado com vigência de, no mínimo, um ano, desde que haja tal interregno da apresentação da proposta até o pleito.

5. Do alcance do instituto da preclusão na concessão do reajuste de preços nos contratos administrativo de obras e reformas

Quanto ao alcance do reajuste de preço, cumpre esclarecer que não tem efeitos retroativos, devendo incidir, no que diz respeito a obras e reformas, nas execuções e medições ocorridas após o requerimento elaborado pela contratada, caso ainda existam e ainda não tenham sido satisfeitas, pois as anteriores ou as já pagas foram alcançadas pelo instituto da preclusão.

Tal entendimento advém do Parecer Vinculante AGU/JTB 01/2008, adotado pelo Parecer JT-02, de 26 de fevereiro de 2009, e aprovado pelo Presidente da

República, que tem como ponto central a repactuação contratual e seus efeitos, e adota a interpretação de que, findo o prazo de duração e prorrogado o contrato sem que o interessado argua seu direito decorrente de evento do contrato originário ou anterior, haverá preclusão lógica do direito pleiteado, consubstanciada na prática de ato incompatível com outro anteriormente praticado.

No despacho do Advogado da União - Diretor do Departamento de Assuntos Extrajudiciais, de encaminhamento da mencionada manifestação ao Consultor-Geral da União, para sua aprovação, o posicionamento exarado no documento foi resumido com maestria, conforme se vê:

"(...) Com efeito, o entendimento perfilhado pela douta parecerista é no sentido de que a repactuação, motivada em decorrência de majoração salarial, pode ser exercida até o momento imediatamente anterior ao da assinatura da prorrogação contratual, sob pena de não mais poder ser exercida em razão da ocorrência, após este momento, de preclusão lógica.

Entendimento este que se coaduna com o posicionamento firmado pelo Tribunal de Contas da União.

Adotando-se este raciocínio, não se pretende anular o direito de o contratado pleitear a repactuação.

Busca-se, em verdade, é salvaguardar a Administração Pública de possíveis dificuldades advindas de um pedido de repactuação, com efeitos financeiros retroativos em prazos superiores ao da prorrogação da vigência do contrato.

Tal posicionamento justifica-se em face da vinculação da Administração Pública aos preceitos orçamentários aos quais deve fiel obediência, além de dificultar de sobremaneira a análise, a destempo, da demonstração analítica apresentada pelo contratado em respaldo ao seu pedido, uma vez que tal análise deve ter por base a conjuntura do mercado vigente à época da majoração salarial.

Não obstante restar configurada a preclusão lógica, se o contratado não pleitear a repactuação até o momento imediatamente anterior ao da prorrogação, entendo ser

prudente, para evitar qualquer questionamento na seara judicial, que haja expressa previsão editalícia e contratual prevendo que a repactuação, com efeitos retroativos, quando originada de majoração salarial deve ser obrigatoriamente pleiteada até a data anterior da eventual prorrogação contratual. (...)" (grifos nossos)

Apesar deste parecer vinculante tratar especificamente de repactuação, é coerente empregar, por analogia, o seu fundamento jurídico ao reajustamento de preços em obras e reformas, pois, além destes institutos terem origem comum (decorrem do reajustamento de preços em sentido amplo), sua conclusão em relação à preclusão permanece inalterada se empregada ao reajustamento de preços.

Não obstante a empresa contratada ter direito ao reajuste após o interregno de 1 (um) ano da data da sua proposta, caso já tenha realizado os serviços e recebidos os pagamentos sem qualquer pleito de reajuste, entende-se que ocorreu preclusão lógica do seu direito, o que impossibilita a concessão do reajuste dessas medições.

Em reforço ao entendimento de ocorrência da preclusão – e este parece ser o argumento mais robusto para o indeferimento do reajuste de possíveis medições ocorridas antes do pleito, ou, mesmo que após, já satisfeitas – há manifestação do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº. 508/2018 - Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que apontou a seguinte irregularidade:

"Considero que a situação fática e os elementos documentais que dão suporte ao referido termo de aditamento mereçam ser investigados de forma aprofundada pela unidade técnica em virtude dos seguintes fatos:

(...).

possível ocorrência de preclusão lógica nos reajustes atinentes a serviços já executados, liquidados e pagos, a partir das medições realizadas a partir de setembro/2011, ao passo que o reajuste, em princípio, recairia exclusivamente sobre o saldo dos serviços contratados, ainda não executados;

dito de outro modo, ao continuar com a prestação dos serviços sem condicioná-los a uma revisão de preços, implicitamente reconheceu a adequação e a exequibilidade dos valores propostos na licitação, o ato voluntário da empresa que implica na renúncia ao reequilíbrio

econômico-financeiro do contrato, dando azo à ocorrência de preclusão lógica; (sem destaque no original)

Assim, tendo em vista o posicionamento do TCU no Acórdão supracitado, fica demonstrado que o reajuste de preços não incide sobre serviços pretéritos, ou seja, já executados, medidos ou pagos, de modo que, nesse contexto, a contratada tem direito ao reajuste, que incidirá apenas sobre os serviços contratados que foram executados após o pleito, e que não foram satisfeitos.

Considerações Finais

O inciso XXI do art. 37 da Constituição da República e a Lei nº. 10.192/01 asseguram a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos durante toda a sua execução, o que pode ocorrer através do reajuste dos preços.

No regime da Lei de Licitações e Contratos, o reajuste de preços decorre de ordem legal, e não de deferimento administrativo, já que a lei impõe à Administração reajustar os preços contratuais.

Assim, diante da legislação vigente, mesmo que ausente a previsibilidade no Edital e nas cláusulas contratuais, é possível concluir pela possibilidade jurídica do reajustamento dos preços em obras e reformas, devendo a administração adotar o menor percentual (índice inflacionário), em respeito ao princípio da economicidade.

Tal direito da contratada ao reajuste de preços pode ocorrer até mesmo nos contratos assinados com vigência menor de um ano, desde que tenha ocorrido o interregno de, no mínimo, um ano, da apresentação da proposta até o pleito, conforme disposto no art.2º da Lei nº. 10.192/01.

O reajuste dos preços nas obras e reformas é atingido pelo instituto da preclusão. Sendo assim, não incide sobre serviços pretéritos, ou seja, já executados, medidos ou pagos, tendo a contratada direito ao reajuste apenas sobre os serviços contratados que foram executados após o pleito, e que não foram satisfeitos.

Desta monta, conclui-se pela possibilidade jurídica do reajustamento dos preços em contratos de obras ou reformas, visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do instrumento, desde que pleiteado, sendo um direito do contratado, independentemente de constar em Edital ou na cláusula contratual, tendo a administração que adotar o menor percentual, em respeito ao princípio da economicidade, e devendo incidir apenas sobre as medições realizadas ou pagas após o pleito, e que não foram satisfeitas, pois as anteriores foram alcançadas pelo instituto da preclusão.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado. 1988.

Lei nº 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.

Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm

Decreto nº 1.054, de 7 de fevereiro de 1994. Regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1054.htm

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 595.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 96.

DOTTI, Marinês Restelatto. Revisão econômica do contrato administrativo. In: TORRES, Ronny Charles L. de (coord.). Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016, p. 368.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 407.

Parecer vinculante AGU/JTB 01/2008, adotado pelo Parecer JT-02, de 26 de fevereiro de 2009, e aprovado pelo Presidente da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-JT-02-2009.htm

NOTAS:

[1] Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Civil e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Pós-graduada lato sensu - Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para Ensino no Magistério Superior, pós-graduada lato sensu - MBA Profissional em Comportamento Organizacional, pós-graduada Lato Sensu em Gestão Estratégica, Inovação e Conhecimento. (e-mail: adriana.martins@ebserh.gov.br)

[2] Advogado Público. Graduação - Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduado em Direito Civil UFRGS e pós-graduado direito público - faculdade anhanguera. (e-mail claudio.maldaner@hotmail.com).

VIOLÊNCIA CONTRA O MENOR

CRISTIANE MARTINS ARAÚJO:

bacharelada do curso de Direito da
Universidade Luterana do Brasil,
campus Manaus

RUBENS ALVES DA SILVA¹

(orientador)

RESUMO: Este estudo usa as tendências nacionais em alegadas agressões criminais contra menores para investigar se a violência social diminuiu desde o advento do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA (1990). As taxas de todas as agressões aumentaram dramaticamente. Em comparação com 1981, as estatísticas criminais em 2010 incluíram cerca de 22 vezes mais casos de abuso físico infantil, 24 vezes mais agressões de menores contra menores e 73 vezes mais estupros de menores de 15 anos. Embora o ECA tenha tornado os menores sujeitos de direitos a violência contra eles mostrou um aumento percentual das agressões a menores. Embora alguns aumentos possam refletir mudanças nas práticas de relatórios, sua magnitude e consistência sugerem que parte desses aumentos são reais. Este artigo teve como objetivo geral verificar a questão dos maus-tratos contra menores contribuindo na discussão sobre a representação social e sua relação com a violência praticada contra crianças e adolescentes. Também, especificamente teve como objetivos evidenciar a representação social dos menores vítimas de violência doméstica; estabelecer a relação causa e consequência da família enquanto vítima e vitimizadora; e, expor vários tipos de violência praticada contra menores. Como abordagem nesta pesquisa nas, foi utilizado o método dedutivo em uma conexão ascendente das conotações às leis e teorias. Na coleta de dados, foram feitas documentações indiretas (abrangendo a pesquisa documental e a bibliográfica) de forma foi intensiva. Suas categorias de análise se concentrarão na violência doméstica, representação social, criança e adolescente. As proibições contra uma gama cada vez maior de consequências disciplinares podem minar o tipo de autoridade parental apropriada que pode facilitar o desenvolvimento do controle de impulso em crianças opositoras e o respeito apropriado pelos outros, especialmente pelos fisicamente vulneráveis.

¹ Mestre em Direito do Trabalho Faculdade de Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas em 2013 e professor do curso de Direito do CEULM/ULBRA, Manaus-AM, advocacia@rubensalves.com.br

Palavras-Chave: Família; Violência Doméstica; Crianças/Adolescentes; e, Representação Social.

ABSTRACT: This study uses national trends in alleged criminal aggressions against minors to investigate whether social violence has decreased since the advent of the Child and Adolescent Statute - ECA (1990). The rates of all attacks have increased dramatically. Compared with 1981, criminal statistics in 2010 included about 22 times more cases of child physical abuse, 24 times more attacks by minors against minors and 73 times more rapes by minors than 15 years. Although ECA has made minors the subject of rights to violence against them, it has shown a percentage increase in aggression against minors. While some increases may reflect changes in reporting practices, their magnitude and consistency suggest that part of these increases are real. This article had the general objective of verifying the issue of mistreatment of minors, contributing to the discussion on social representation and its relationship with violence against children and adolescents. It also specifically aimed to highlight the social representation of minors who are victims of domestic violence; establish the cause and consequence relationship of the family as a victim and victimizer; and, expose various types of violence against minors. As an approach in this research, the deductive method was used in an upward connection from connotations to laws and theories. In the data collection, indirect documentation (including documentary and bibliographic research) was made in an intensive way. Its analysis categories will focus on domestic violence, social representation, children and adolescents. Prohibitions against an increasing range of disciplinary consequences can undermine the type of appropriate parental authority that can facilitate the development of impulse control in opposing children and appropriate respect for others, especially the physically vulnerable.

Keywords: Family; Domestic violence; Children / Adolescents; and, Social Representation.

1 Introdução

O município de Manaus é composto por aproximadamente 2,1 milhões de habitantes, dos quais cerca de 500.000 são menores (IBGE, 2010), concentrando um número elevado de famílias carentes. As políticas públicas ainda são insuficientes, daí o grande desafio de buscar alternativas viáveis às crianças e adolescentes.

A questão da violência contra crianças e adolescentes, assim como a difusão do uso das drogas, extermínio, torturas, prostituição, abuso de autoridade, omissão, exploração do trabalho infanto-juvenil e o aumento do número de menores nas ruas têm sido preocupações prioritárias nos órgãos de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

A exposição aos perigos das ruas e o envolvimento com práticas não educativas, que em alguns momentos os aproximam do mundo da contravenção, muitas vezes até mesmo para fugir da miséria e da pobreza, é uma realidade cada vez mais presente.

Muitas regulamentações atuam efetivamente através dos instrumentos jurídicos e legais mediando à relação sujeito violado e sociedade como um todo, garantindo os direitos assegurados pela Constituição Federal e da Lei Federal nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, com o grande desafio de fazer valer o direito da criança e do adolescente e, determinado neste desafio, pois de nada adianta alguém ter direitos se não tiver também os meios para assegurá-los.

Desta forma, a questão da violência contra menores é um dos principais problemas sociais enfrentados hoje pelo Brasil. Ainda sem um diagnóstico exato, estas ocorrências vêm promovendo a morte de vítimas todos os dias.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas – ONU (2018), a maioria dos jovens que estão cometendo ou sendo vítimas de violência no Brasil é de negros e mulatos das classes menos favorecidas, moradores dos polos de pobreza do país. Isso é reflexo da negligência do Estado com a questão social. É como se para os pobres qualquer coisa valesse.

Não precisam de qualidade na educação, habitação, alimentação, trabalho, etc. Eles vivem em condições subumanas e ainda são culpados por serem criminosos. O dever dos governantes é oferecer estas condições para a população, mas eles agem como se estivessem fazendo um favor para o povo.

Segundo Campos (2010, p 25), conceitualmente, “a violência pode ser considerada toda ação danosa à vida e à saúde do indivíduo, caracterizada por maus-tratos, cerceamento da liberdade ou imposição da força”. A criança e o adolescente por sua maior vulnerabilidade e dependência são vítimas frequentes de atos abusivos também pela condição peculiar de desenvolvimento.

A palavra violência tem uma conotação negativa por que é vinculada à noção de ato moralmente reprovável, de tal forma que quem comete intencionalmente este tipo de ato é obrigado a justificá-lo, mostrando que existem boas razões em princípios mais fortes que a presunção negativa que se tem contra ele.

A violência é um dos grandes problemas a ser enfrentado pela sociedade brasileira. A infância e adolescência são alvos fáceis e, portanto vítimas preferenciais até mesmo no ambiente do próprio lar. A família, instituição que deveria proteger as menores é comumente a agressora principalmente nas fases iniciais da vida.

A família é um sistema aberto e em transformação constante pela troca de informações com os sistemas extrafamiliares. Não se pode abordar a temática da violência doméstica contra menores isolando-a da estrutura social em que ela ocorre. A violência pela sua natureza complexa, envolve as pessoas na sua totalidade biopsíquica e social, de forma dinâmica. Porém o lócus de sua realização é o contexto histórico-social, onde as particularidades encontram as anomalias de cada um e se redefinem nas condições emocionais e socioculturais.

As estatísticas sobre menores brasileiros vítimas de maus-tratos, embora incipientes são obtidas com metodologias variadas, algumas devendo ser observadas com cautela, mostram resultados preocupantes pelo impacto social que possuem.

Em Manaus, apesar de o município contar com Conselhos Tutelares em todas as zonas da cidade e com o Programa Sentinela, os registros são praticamente inexistentes, limitando-se a registros policiais e hospitalares e nos programas acima citados. Mas, não se pode fugir a realidade. Embora a violência contra menores não seja unicamente fruto de um modelo econômico como o capitalismo, este tem profunda influência sobre o problema.

No âmbito da tradicional teoria econômica, a linha de pensamento que costuma relacionar o comportamento da desigualdade ao grau de desenvolvimento e/ou ao processo de crescimento econômico acaba por desestabilizar as famílias.

Desta forma, a violência se agrega nos bolsões da pobreza sob vários aspectos. Esta acaba atingindo todos aqueles cujo sistema de defesa é facilmente transponível. Ela aparece de várias formas.

Este artigo teve como objetivo geral verificar a questão dos maus-tratos contra menores contribuindo na discussão sobre a representação social e sua relação com a violência praticada contra crianças e adolescentes.

Também, especificamente teve como objetivos evidenciar a representação social das menores vítimas de violência doméstica; estabelecer a relação causa e consequência da família enquanto vítima e vitimizadora; e, expor vários tipos de violência praticada contra crianças e adolescentes.

Foi utilizado o método indutivo em uma conexão ascendente das conotações às leis e teorias. Na coleta de dados, foram feitas documentações indiretas (abrangendo a pesquisa documental e a bibliográfica) de forma foi intensiva. Suas categorias de análise se concentrarão na violência doméstica, representação social, criança e adolescente. Mas, a família foi, é, e continuará sendo a célula, o núcleo básico da sociedade. Neste sentido, pode-se dizer então que, como núcleo

fundamental, essencial, é a mesma de sempre. O que muda são as formas de constituição da família.

2 Violência contra o menor

A violência contra o menor acontece geralmente no ambiente familiar e, é praticada por membros da família, na maioria das vezes o menor fica em situação extremamente complicada em relação ao fato, o que o leva a se calar diante de fato principalmente em função de não acreditar nas instituições, o que certamente o levará a sofrer novas agressões, por proteção ao agressor, entre outros. Segundo Faleiros (2005, p. 33) a violência ocorre:

No âmbito familiar contra a criança e o adolescente permanece em evidência à medida que o mesmo omite as agressões por ameaças e receios de divulgação de conflito ocorrido em seu seio familiar. Para s agredidos a dificuldade de fazer a denúncia acentua-se muito mais em declarar que um membro da sua própria família é o agressor, assim as menoresse culpabilizam pela violência sofrida, por isso.

Dessa forma, como informa o referido autor, a violência contra menores é algo muito antigo, mas ganhou notoriedade a partir da década de 1970, quando diversos estudos, principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra expandem os resultados das pesquisas, e que segundo Faleiros (2005, p. 35), começou com a revolta da sociedade com atos repugnantes. Nas décadas seguintes, esses estudos foram aprofundados, de forma mais específica buscando entender a existência do fenômeno.

Para Faleiros (2005) a violência não se configura somente com a questão da agressão física, mas além desta a falta de respeito, falta de afeto, falta de atenção, pressão psicológica, descaso e a agressão física, levando esse segmento a sofrer calado.

Assim, compreende-se que a violência é um processo social que se dá na estrutura da própria sociedade, atingindo a forma física e psicológica. Vale relatar que a Organização Mundial de Saúde – OMS (2018) define a violência contra o menor como qualquer ato, único ou repetitivo, ou por omissão, que ocorra em qualquer relação supostamente de confiança, que cause dano ou incômodo à criança e adolescente.

Desta maneira, fatos ocorridos no convívio familiar são pontos sensíveis para eclodir qualquer tipo de violência, fazendo com o mesmo ocorra declínios de

comportamentos psicológicos, lesões físicas e entre outras que degradam a dignidade do mesmo aumentando o índice de violências praticadas contra o menor. A violência contra o menor tem características específicas, tanto do agressor, bem como da vítima, que segundo Guimarães (2014, p. 23), não depende da situação socioeconômica.

Desta forma, considerando os conceitos de violência, ou como um estado natural ou como uma consequência da divisão de classes, a violência contra o menor se contextualiza, principalmente em função de alguns aspectos diretamente ligados as duas conceituações: a primeira que diz respeito à violência como um estado natural ficando evidente que a força física e mental do ser humano mais forte, se sobrepõe sobre o menor que não goza ainda de suas plenitudes físicas, ou seja, a questão de força se estabelece a partir da imposição do mais forte (JANZEM, 2018).

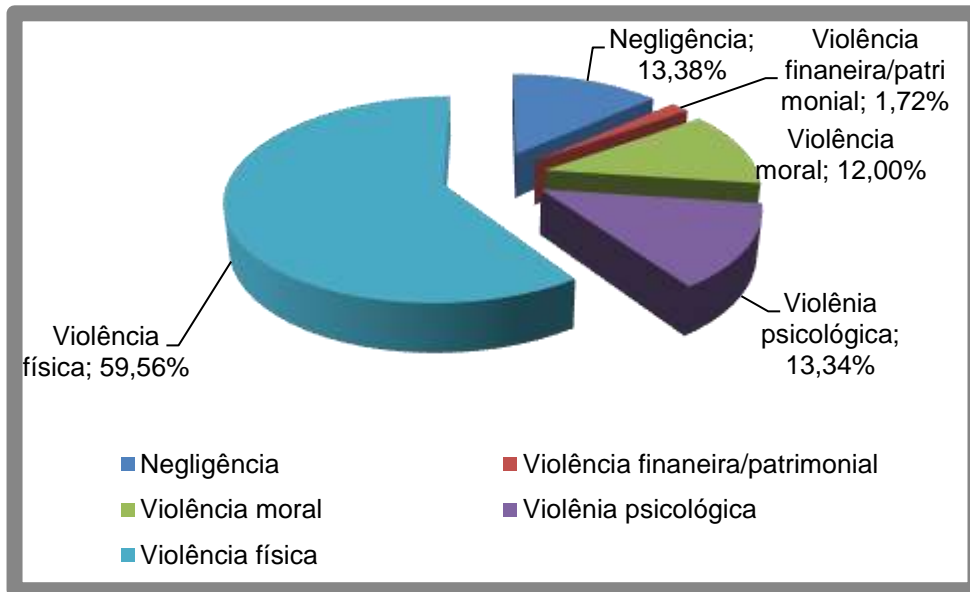
A segunda concepção diz respeito às questões de divisão de classes sociais, que sempre trata menores como figura de segundo plano na sociedade, ou seja, é um sujeito menor (ANTONY e MILLER, 2010).

Essa violência acontece no interior da sociedade junto à figura da criança e do adolescente e se agrava em países em desenvolvimento, em que, principalmente, as desigualdades sócias são imensas, e que acaba por se refletir em diversas formas de violência (FALEIROS, 2005).

Esses tipos de violência acontecem diariamente no âmbito da família e, encontram suporte nas questões de desigualdade sociais, ou seja, pessoas com menos oportunidades na vida tendem a descarregar suas frustrações nas pessoas mais indefesas (ASSIS, et. al., 2014).

No caso específico da falta de oportunidades a tendência natural do sujeito violento é descontar seus recalques nos mais indefesos da família, geralmente crianças e adolescentes, segundo Campos (2010, p.33), já que "estas pessoas não identificam na questão social a sua falta de oportunidade, preferindo descontar nos mais fracos". No Brasil especificamente isso ocorre da seguinte forma, conforme o gráfico 1:

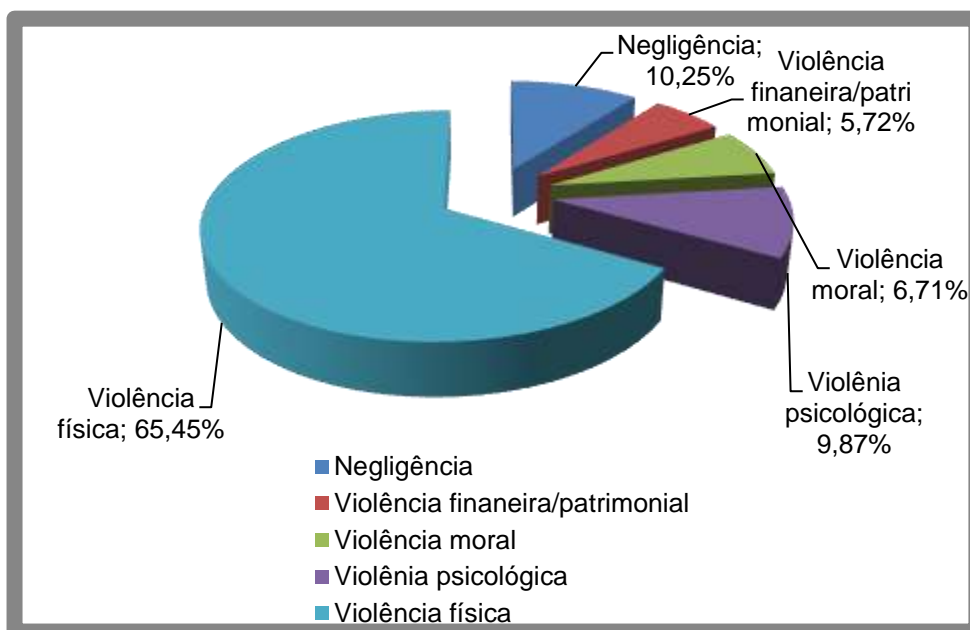
Gráfico 1 – Índice de Violência contra crianças e adolescentes



Fonte: Secretaria Brasileira de Políticas para menores– 2018

Os dados apontam que 59,56% das denúncias se refere à violência física; 13,38% são de situações de negligência; 13,34% são de agressões psicológicas; 12% são de agressões morais; e, apenas 1,72% são de situações ligadas às questões financeiras. No Estado do Amazonas especificamente o gráfico 2 apresenta os seguintes dos:

Gráfico 2 – Índice de Violência contra menoresno Estado do Amazonas



Fonte: Secretaria de Estado da Segurança Pública do Amazonas – 2018

Os dados da Secretaria de Estado da Segurança Pública do Amazonas (SSP-AM) demonstram a mesma situação do Brasil com prevalência da violência física 67,45%, seguida pela negligência com 10,25%. Depois aparece a violência psicológica com 9,87%; a violência moral com 6,71%; e, pro fim a violência financeira e/ou patrimonial por 5,72% dos casos. Para Vesentini (2016, p. 154):

Assim, para que ocorra a identificação dessas formas de violência é necessário que haja a intervenção interdisciplinar dos profissionais, onde a atenção para esta questão deve ser focalizada para alguns sintomas que a crianças e o adolescente agredidos venham apresentar, bem como mudança de comportamento, isolamento, tristeza, lesões, ferimentos, dentre outros. Desta forma, pode-se destacar os seguintes elementos nestes tipos de violência: a) a natureza dos atos de violência, ou seja, as formas de violência a serem incorporadas, seja a violência física, a violência verbal ou psicológica e a violência sexual; b) o caráter que define o ato de violência, ou seja, se este expressa ou não exercício de poder ou força; c) a relação formal entre as pessoas implicadas na situação de violência doméstica; d) a tolerância pela sociedade destes atos de violência doméstica; e, f) os valores e normas que definem ou regulam a violência.

As consequência dessa violência vão desde ferimentos leves e superficiais até o próprio óbito. O que começa de forma simplória como uma simples correção pode virar rapidamente uma agressão severa. Muitos são os tipos de violência que atingem os menores como a pressão psicológica, a agressão verbal, a agressão física, o abandono, o cárcere privado, etc. (BENTES, A. 2014).

Desta maneira, esse fenômeno pode ser visto e percebido em dois grandes eixos: a violência da exclusão social e a violência proveniente à criminalidade sem controle, a comportamentos violentos que vêm alterando, para pior, o já conturbado social como cita Campos (2010, p. 76), e o qual observa que a violência:

É uma grave doença que ataca de forma diversificada os organismos sociais, constitui-se, hoje, com certeza, em específica matriz de insegurança em nosso país. Além de provocar indignações, que não têm tido a devida ressonância, acarreta volumosas reclamações que não têm sido atendidas, em maioria. E que, respectivamente, são dirigidas a instituições e órgãos que não têm ou a necessária capacidade de absorvê-

las ou a competência legal para solucioná-las. São reclamações certas, feitas, contudo, em lugares errados.

Diante do que diz Campos (2010) é importante destacar a violência doméstica contra crianças e adolescentes, fruto, de uma sociedade desigual, que trata de forma desigual seus membros. A violência doméstica é problema antigo e não se pode dizer a quanto tempo se constata sua existência, mas, se pode inferir que ela tenha origem com o surgimento da própria unidade familiar, seguindo uma incrível lógica comum, pois ocorre com frequência em qualquer sociedade, não discriminando, por situação econômica, condição religiosa, condição de raça e de cultura, assumindo um papel gravíssimo, pois, são inúmeras as tragédias e danos surgidos em decorrência dele.

3 Violência no Brasil contra menores

No Brasil contemporâneo às questões relacionadas à violência também ocorrem em razão do contexto social. Conhecida e fartamente estudada em todas as suas formas e perversões, a crescente prática da violência de cidadãos contra outros, tem forçado o Estado brasileiro a estabelecer mecanismos jurídicos e estruturais que visam fomentar o combate a esta anomalia, principalmente a partir do fortalecimento das leis e dos aparelhos de segurança pública que, apesar dos esforços empreendidos, tem se mostrado ineficientes no sentido de amenizar o problema (BEZERRA, 2017).

Observa-se que vultosos investimentos em infraestrutura física e material têm sido realizados nesses aparelhos, fortalecendo, principalmente as polícias no combate aos mais diversos tipos de crimes. No entanto, claramente, esses investimentos tem sido insuficientes e profundamente equivocados, já que, em todos os países com os problemas de segurança pública, onde a violência é um problema social grave, os caminhos tomados foram outros, a exemplo do revigoramento de políticas públicas dirigidas, primordialmente para o setor educacional e de infraestrutura urbana (CAMPOS, 2010).

Ao construir políticas públicas de combate à violência, não se pode pensar tão somente nos aparelhos de segurança, como, aliás, tem feito o Brasil, sem exceções, mesmo a despeito de que estas são também muito importantes, mas não as únicas formas de combater o mal (SANTOS, 2018).

Faz-se necessário pensar, em primeiro plano, nos custos sociais do momento da violência e depois da implantação de políticas públicas, ou seja, que custos sociais o Estado ainda está disposto a pagar pelo crescente aumento dos índices de violência. Em segundo, deve-se considerar os custos da gestão destes índices crescentes que, igualmente são crescentes em função da ausência de políticas

públicas, exatamente o que tem feito o Brasil, investindo pesadamente em infraestrutura física e humana. Azanha (2008) afirma que, no que se refere à justiça social, investindo em políticas públicas o Estado cumpre o seu papel fundamental de fomentar a justiça social.

Com isso, percebe-se ser a violência um verdadeiro drama social. Para Santos (2008, p. 19) a violência: “é um ato de constrangimento ou uso da força para se conseguir algo que se quer”. Assim sendo, a violência está diretamente ligada à conquista, ao desejo ou a vontade de um ser humano sobrepujar a qualquer preço o outro.

4 A violência como relação de poder

O termo poder é abundantemente empregado e em grande variedade de acepções. De modo geral, esse termo remete a “três noções conexas que permitem torná-lo um pouco mais preciso”, conforme Layton (2014, p. 33):

Não há poder sem alocação de recursos, quaisquer que sejam os recursos. Além disso, é preciso certa capacidade para empregar esses recursos. Se confiarmos um computador a um chipanzé, esse instrumento não aumentará o seu poder nem em relação ao ser humano, que lhe confiou esse recurso, nem em relação a nenhum de seus congêneres.

A utilização dos recursos de que fala o autor supõe um plano de emprego e uma informação anterior mínima quanto às condições e consequências desse emprego. Enfim, falar de recursos que podem ser empregados em conformidade a capacidade daquele que deles dispõem naturalmente ou que intencionalmente os reuniu em vista dos objetivos que fixou ou que lhe foram propostos ou impostos significa reconhecer o caráter estratégico do poder e que ele exerce eventualmente não só contra a inércia das coisas, mas contra a resistência das vontades adversas. Ou seja, o poder se estatui a partir da determinação da vontade de um em detrimento da vontade de outro. Layton (2004, p. 34) diz com muita propriedade:

Nos casos da violência urbana a utilização de recursos é uma das principais características do poder. O caso das milícias e do tráfico de drogas no Rio de Janeiro, são exemplos evidentes. Seus recursos financeiros impõe uma dominação sobre suas comunidades, instalando com isso o medo. Isso impõe certamente resistências nas vontades das outras pessoas.

Assim, considerando-se o recurso, a capacidade de empregá-lo ou a capacidade estratégica em relação a outrem de mobilizar e combinar recursos, o poder pode ser visto como uma relação que aparece na análise da interação, ou como um fenômeno mais complexo, que emerge da agregação de uma variedade de tipos de interações elementares, ou seja, o poder intimidado e, é dele que muitas situações violentas acabam por acontecer (GUIMARÃES, 2014).

A segunda abordagem diz respeito ao ponto de vista da interação, onde o poder é uma relação assimétrica entre pelo menos dois atores, ou seja, é a capacidade de A de obter que B faça aquilo que B não faria por si próprio e que é conforme as ordens e sugestões de A. Assim dois comportamentos ficam muito explícitos: o comportamento de B depende de A: B responde às iniciativas. Aos desejos ou, pelo menos, de modo geral, à maneira de ser de A. Tal situação comporta pelo menos duas variantes: a total e prolongada dependência de um dos atores em relação ao outro, a guerra de morte entre os protagonistas. Sobre essa questão diz Layton (2004, p. 37):

Tais situações entram certamente no domínio das relações de poder, ou seja, sua influência na sociedade, mas também certamente existem situações que não podem ser analisadas como jogos de soma zero entre duas pessoas. Basta, por exemplo, que entre em jogo um terceiro (árbitro, mediador, enfim, um interveniente desinteressado ou, ao contrário, um explorador cínico que sua posição lhe oferece) para que uma nova distribuição daquilo que está em jogo se torne possível.

Do confronto entre dois rivais em que um quer a morte do outro se passa a um regime de coalizão, em que a capacidade de negociação de um terceiro que depende ao mesmo tempo de circunstâncias e de dados relativamente estáveis, pode modificar a relação de força decorrente da alocação inicial dos recursos (CAMPOS, 2012).

Da mesma maneira, o aparecimento de um excedente pode reduzir a oposição entre os antagonistas, ou porque o excedente só pode ser obtido por meio da cooperação entre eles ou porque melhora a situação de um e de outro sem que o seu aparecimento possa ser atribuído a qualquer um deles (LUNA, 2013).

O poder não pode ser reduzido unicamente ao uso da força (coerções físicas e materiais), ou seja, ao ato de bater (violência física), pressionar (violência psicológica), humilhar (violência moral), negar provimento material (violência financeira) e abandono (negligência), que são simplesmente tipos de violência. Ele se

impõe pela força da ameaça que uma pessoa sente em relação à outra. Então Lafer (2016, p. 56) deixa bem claro essa questão:

O poder de A sobre B nem sempre se funda numa sanção efetivamente executada. A ameaça pode ser suficiente. Mas, deve ser como o texto deixa claro, crível. As relações de força e poder são, pois extremamente complexas, e a redução de um ao outro constitui apenas uma situação limite – embora a referência, pelo menos hipotética, à força seja constitutiva de toda a relação de poder.

A autora supracitada faz referência clara à utilização do recurso antiético da força que é a legitimidade, ou seja, pela ameaça de fazer impor sua vontade. Diz “Não há dominação duradoura sem um mínimo de legitimidade” (LAFER, 2016, p. 56).

Um poder legítimo é o que tem a capacidade de fazer que aceitem suas decisões como bem fundamentadas: é, em termos de interação e comportamento um poder cujas diretivas são objetos da adesão, ou pelo menos da aquiescência, daqueles a quem se destinam (ASSIS, et. al., 2014).

Essa aquiescência resignada ou essa adesão entusiasta contribuem para fazer do poder uma obrigação moral ou jurídica que liga o dominado ao dominante, ou ao título do poder. Mas nem a aquiescência nem a adesão são suficientes, uma vez que, na sua falta, a instituição legítima tem capacidade de mobilizar sanções eficazes contra o transgressor (BENTES, A. 2014).

O que interessa no que diz respeito à legitimidade são os fundamentos ideológicos e institucionais que ela oferece ao exercício dos diferentes tipos de poder: racional-legal, tradicional e carismático. Segundo Lafer (2006, p. 62):

O poder racional-legal é aquele estabelecido pela burocracia da nomeação. Embora as lideranças nomeadas e naturais, especificamente num grupo ou organização, possam estar nas mãos de mesmo indivíduo, frequentemente são assumidas por pessoas diferentes, com fontes diferentes de poder. No caso racional-legal é o poder da posição ou da autoridade formal. Esta forma de poder é impessoal, e não se baseia nas características do indivíduo. Líderes nomeados também podem utilizar os sistemas de recompensa formais ou punições para influenciar as pessoas a fazerem certas coisas. Essas bases de poder são respectivamente chamadas de poder de recompensa e coerção.

Transferindo para os casos de violência o poder racional-legal é aquele que funciona da seguinte forma: faça isso e ganhe isso, geralmente utilizado com menores que atendendo os desejos do homem são recompensadas por ele. Ou da coerção, no sentido da ameaça: faça isso se não vou ser punida. É o caso específico da utilização da pressão psicológica para que se obtenha algo em troca (BEZERRA, 2017).

5 As representações sociais da violência doméstica

Através dessa atividade de representar, o indivíduo constrói uma nova realidade de seu mundo, dando-lhe novos significados que o conduzem. Essa interpretação da realidade é traduzida como um conjunto lógico de pensamento que vai constituir a visão de mundo para certa coletividade (JOVECHLOVITCH, 2010, p. 231).

As representações sociais como fenômeno é uma forma de saber gerada a partir do senso comum. As Teorias das Representações Sociais é uma forma possível de estudar o conhecimento do senso comum, considerando o sujeito como parte de um conjunto indissociável com objeto e sociedade. A partir dessa perspectiva, busca-se compreender processos que ocorrem em contextos históricos e socioculturais precisos, na construção do senso comum (SANTOS, 2018, p. 79).

Para Moscovici (2008, p. 34), representações sociais é um conjunto de conceitos e explicações originadas no cotidiano, dentro das comunicações interpessoais podendo, ser equivalente aos mitos e crenças das sociedades tradicionais, ou ainda uma versão contemporânea do senso comum.

Apesar de haver estudos anteriores acerca das representações, foi só a partir de 1961 que Moscovici (1978, p. 46) retoma o estudo da teoria. Para Moscovici (1978, p. 46), os primeiros estudiosos como Durkheim, (o primeiro estudioso a tratar desse conceito meio século atrás) que sugeriram o conceito de representação como uma forma de conhecimento, estavam mais preocupados com seu caráter coletivo e estático do que com seu conteúdo e dinâmica.

Havia uma necessidade de reconhecer a oposição entre coletivo e individual e por isso mesmo o termo Representação Social não foi utilizado, mas Representação Coletiva e Representação Individual, onde o substrato da Representação Coletiva era a sociedade e, por assim ser, impessoal e permanente, enquanto na individual o substrato era a própria consciência de cada um, portanto flutuante e subjetiva. Faltava então um elo entre o indivíduo e a sociedade que só mais tarde foi dado por Moscovici (1978, p. 50). Inserir representação social no contexto da violência doméstica significa construir formas de pensar e explicar os determinados

fenômenos. Historicamente, este problema têm sido tratado como problema e responsabilidade do outro.

As representações que se tem da violência doméstica ainda hoje são, em sua maioria, frutos das primeiras informações noticiadas, que apresentavam à sociedade um problema grave, de evolução, onde suas vítimas eram, principalmente, menores considerados peraltas e que precisavam ser “corrigidas”. Existem diferenças nas Representações Sociais que diferentes indivíduos apOiam, esse fato pode ser explicado devido às diferentes posições sociais que cada indivíduo ocupa (CAMPOS, 2012).

Esta perspectiva é de suma importância dentro do contexto atual da Psicologia Social, sobretudo por estabelecer pilares para a edificação de uma família menos individualista e mais preocupada com o cotidiano das relações sociais dentro de casa. Há, nesta visão, três aspectos psicossociais importantes: a identidade coletiva (MELUCCI, 2009, p. 67); a transformação das relações de subordinação em relações de opressão (LACLAU & MOUFFE, 2015, p. 76) e a demarcação de fronteiras de poder (HOWARTH & STAVRAKAKIS, 2010, p. 114).

A identidade coletiva se dá pela presença de sentimentos, pela definição de práticas sociais e grupais, pelo compartilhamento de valores, crenças e interesses, pelo estabelecimento de redes sociais e pela regulação de relações intra e entre grupos (MELUCCI, 2009, p. 98).

O processo de mobilização ocorre pela subordinação e opressão, pela comparação de comportamentos, pelo reconhecimento do antagonismo como espaço de diferenciação, pelo sentimento de injustiça e pela conscientização de direitos (LACLAU & MOUFFE, 2015, p. 97). E a demarcação das fronteiras de poder ocorre pela diferenciação mútua, pelo impeditivo de realização totalizante e pela relação eu x ele (HOWARTH & STAVRAKAKIS, 2010, p. 125).

Com base nos estudos de Cepal (2012, p. 49) se podem destacar os seguintes elementos considerados para a definição de violência doméstica contra crianças e adolescentes:

- a) a natureza dos atos de violência, ou seja, as formas de violência a serem incorporadas (seja a violência física, a violência verbal ou psicológica e a violência sexual);
- b) o caráter que define o ato de violência, ou seja, se este expressa ou não exercício de poder, força ou coerção;

- c) o âmbito onde acontece à situação de violência, se agressor e agredido compartilham o mesmo domicílio;
- d) a relação entre as pessoas implicadas na situação de violência, ou seja, deve considerar-se o vínculo de parentesco ou a relação íntima atual ou anterior.
- e) a tolerância ou legitimidade de atos de violência na sociedade, isto é, se alguns atos são legitimados pela sociedade, significa que os desqualificam enquanto violência?
- f) a distinção entre violência aleatória e violência de gênero.
- g) os valores e normas que definem ou regulam a violência.

Alguns destes elementos geralmente são enfatizados nas distintas definições utilizadas nas ciências sociais. Antony e Miller (2010, p. 9) destacam os efeitos da violência, definindo a violência familiar como "ato cometido dentro da família por um de seus membros, que prejudica gravemente à vida, o corpo, a integridade psicológica, a liberdade de outro membro da família".

O aspecto da violência doméstica refere-se a atos contra o indivíduo e estabelece uma diferença entre atos de violência e políticas nocivas que podem prejudicar a saúde destes. Também a privação que ameaça a vida inclui o descuido sistemático. Neste sentido, o termo violência de gênero no âmbito doméstico é distinguindo pelos seguintes elementos: a) o uso da força física ou verbal que prejudica ou ameaça a vida na integridade física, emocional ou sexual; b) a coerção como forma de perpetuar a subordinação (ANTONY e MILLER, 2010).

6 Conclusão

A violência contra menores acontece, em escala mundial e, sempre esteve presente em toda a história da humanidade, e em todas as classes sociais, articulada ao nível de desenvolvimento da sociedade na qual acontece.

A violência é um problema complexo que requer a coordenação e conjugação de esforços entre pessoas de vários setores profissionais e a comunidade. Em todos os países, este fenômeno está profundamente enraizado no tecido social. Embora os recursos sejam importantes, não constituem, por si só, a solução. Nos países desenvolvidos, a existência de sistemas de assistência social e de coação legal não garante uma resposta adequada à violência doméstica.

Nos países em vias de desenvolvimento, a escassez de recursos sublinha, ainda mais, a necessidade de congregar esforços. A abordagem interdisciplinar envolve profissionais de várias formações na solução de problemas e no desenvolvimento de respostas. Essencialmente, inclui quase todos os meios – formais e informais – para o trabalho conjunto no desenvolvimento de respostas. Para coordenar a prestação de serviços e evitar redundâncias e lacunas, os profissionais e os membros da comunidade congregam esforços para: reconhecer a complexidade do fenômeno e suas conseqüências; aprender mais sobre outros serviços e recursos; aumentar a rentabilidade da prestação de serviços; entretaxar; satisfazer as necessidades mais variadas que a vítima sente; descobrir maneiras de congregar esforços, sempre que possível.

A congregação de esforços pode constituir um desafio para pessoas de diferentes organismos, com diversos tipos de formação e intervenção. As suas vantagens são: compreensão mais aprofundada da dinâmica da violência doméstica; aumento do número de participações e de agressores responsabilizados; apoio acrescido aos profissionais e aumento da motivação; prestação mais eficaz, sensível e coordenada de serviços de apoio à vítima.

A violência, aqui não é entendida, como ato isolado, psicologizado pelo descontrole, pela doença, pela patologia, mas como um desencadear de relações que envolvem a cultura, o imaginário, as normas, o processo civilizatório de um povo. Neste sentido a violência doméstica contra crianças e adolescentes tem de ser analisada em seu contexto histórico, econômico, cultural, social e ético.

A ideologia machista (de gênero) e a de idade, que autoriza o poder de adultos sobre crianças e adolescentes (o pátrio-poder, entre outros) têm validado historicamente os homens e os adultos a exercer poder sobre os mais jovens e as mulheres.

É importante reter que a categoria violência é um elemento constitutivo/conceitual, e portanto explicativo, de todas as situações em que crianças e adolescentes são vitimizados sexualmente.

O poder é uma força que alguém tem e que a exerce visando alcançar objetivos previamente definidos. O poder pode ser exercido de diferentes formas e em sua forma autoritária ele é validado autovalidado pela autoridade de quem o detém e decide. Os adultos estão autorizados socialmente a exercer poder sobre crianças e adolescentes, poder necessário à socialização destes, como por exemplo, o pátrio poder e o poder do professor sobre os alunos. No entanto, é muito importante distinguir o poder violento do poder não violento. O poder é violento

quando nega ao violentado seus direitos, quando é atentatório ou destruidor da identidade do dominado.

Na literatura sobre o tema encontra-se uma preocupação em dividir (classificar) a violência em física, psicológica e sexual. A isto se acresce referências à violência estrutural e à institucional. Neste sentido a violência doméstica, por seu caráter íntimo e relacional, é peculiar e se reveste de uma extrema gravidade.

Neste sentido, nada mudará sem políticas públicas consistentes na busca da melhoria da qualidade de vida das pessoas. E, essas políticas públicas são de longo prazo e, perpassam, por uma educação onde a escola pública seja de qualidade; por condições de empregabilidade para todos; pela completa mudança do sistema de justiça que hoje é moroso e proporciona a imputabilidade criminal; pela atuação consistente dos órgãos de apoio a criança e ao adolescente como o Conselho Tutelar; pela participação de equipes multidisciplinares na questão, como médicos, enfermeiros, psicólogos e assistentes sociais por meio de uma atuação verdadeira e próxima das famílias brasileiras.

7 Referências

AMAZONAS. Secretaria de Estado da Segurança Pública do Amazonas – SSP-AM. **Estatísticas de violência contra crianças e adolescentes**. Amazonas: SSP-AM, 2018.

ANTONY, J. MILLER, K. **Interseções de gênero e classe: acomodação e resistência de mulheres e meninas às ideologias de papéis sexuais**. São Paulo: Cadernos Pesquisa, 2010.

ASSIS, S. G.; SOUZA, E. R.; AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N.; BAYER, J. H. **Crianças e adolescentes violentados: passado, presente e perspectivas para o futuro**. IN: ASSIS, S.G & SOUZA, E. R. Morbidade por violência em crianças e adolescentes. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

AZANHA, J. M. **Planos e políticas públicas no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Thomson, 2008.

BENTES, A. de L. da S. **A violência doméstica**. São Paulo: Summus, 2014.

BEZERRA, L. **Panorama geral de uma política nacional contra a violência**. Brasília: Brasiliense, 2017.

BRASIL – Secretaria Brasileira de Política para Crianças e Adolescentes. **Análise da violência contra crianças e adolescentes no Brasil**. 2018. Disponível em <http://www.sbpca.gov.br> Acesso em 15 de ago de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 16 de ago de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8 069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto de Criança e do Adolescente**. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 16 de ago de 2020.

CAMPOS, L. **Infância e violência fatal em família**. São Paulo: Iglu, 2012.

CAMPOS, P. A. de L. **A violência contra crianças e adolescentes na família brasileira**. São Paulo: Summus, 2010.

CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e Caribe. **Violência Doméstica**. Santiago de Chile: CEPAL, 2012.

FALEIROS, V. de P. **Violência doméstica no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2005.

GUIMARÃES, P. de O. **Violência contra crianças e adolescentes no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2014.

HOWARTH, D.; STAVRAKAKIS, Y. **Introdução à teoria do discurso e a análise política**. São Paulo: Pioneira, 2010.

JANZEM, H. **Violência no contexto contemporâneo**. São Paulo: Pioneira, 2018.

JOVECHLOVITH, S. **Representações sociais e esfera pública: a construção simbólica dos espaços públicos do Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2010.

LACLAU, E.; MOUFFE, C. **Hegemonia e estratégia social**. Tradução Paulo Guimarães. São Paulo: Verso, 2015.

LAFFER, B. **Violência no Brasil: aspectos socioeconômicos com fator**. 2 ed. São Paulo: Summus, 2016.

LAYTON, D. **Violência: o Brasil sem segurança**. 2 ed. São Paulo: RT, 2014.

LUNA, C. **A violência: aspectos gerais sobre a violência**. São Paulo: Summus, 2013.

MARQUES, J. de O. **O abuso sexual na família**. São Paulo: Pioneira, 2012.

MELUCCI, A. **Códigos desafiadores em psicologia social**. Porto Alegre: ArtMed, 2016.

MOSCOVICI, S. A. **A representação social da psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Dados de saúde pública**. Brasília: OMS, 2012. Disponível em <http://www./oms.gov.br> Acesso em 16 de ago de 2020.

SANTOS, M. F. S. **Representação social e identidade da crianças/adolescente agredida**. São Paulo: Saraiva, 2018.

VESENTINI, J. W. **Famílias e violência urbana**: um estudo do fenômeno da violência no Brasil. São Paulo: RT, 2006.

A DEPEÇAGE DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS NAS EMPRESAS PRIVADAS BRASILEIRAS

THAINÁ PERRENOUD GODOI:

Bacharel em Direito, formada pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo- Unidade de Lorena. Escritora nas horas vagas.

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito do Centro Universitário Salesiano do estado de São Paulo, sob a orientação da professora Patrícia Bianchi.

RESUMO: O presente artigo tem como propósito demonstrar a importância da construção de um contrato internacional e os principais pontos a serem abordados, principalmente na relação jurídica de empresas brasileiras. Muitas vezes nos deparamos com situações em que as empresas, principalmente multinacionais ou que desejam realizar algum negócio que envolva relações internacionais, apresentam problemas significativos por não ter desenvolvido um contrato de qualidade, com todos os aspectos necessários. É certo as empresas contratam advogados para que cuidem dessa parte, mas o operador da lei deve estar bem preparado para executá-lo, enquanto o empresário bem informado sobre seus direitos e o que pode ou deve constar no contrato, também terá um melhor resultado. Através de pesquisar em doutrinas e jurisprudências, apresenta-se o artigo, com o fim de estabelecer ferramentas para uma construção de qualidade e melhor entendimento acerca dos contratos internacionais nas empresas

Palavras- chaves: Contrato Internacional; Empresas; Depeçage

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONSIDERAÇÕES BASILARES DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS. 1.1 ORIGEM HISTÓRICA DOS CONTRATOS. 1.2 A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS NAS EMPRESAS. 1.3 PARALELISMO DOS CONTRATOS INTERNOS E INTERNACIONAIS. 1.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO. 1.5 CLÁUSULAS ESSENCIAIS NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS. 2- NORMAS ESTABELECIDAS NO DESENVOLVIMENTO DOS CONTRATOS. 2.1 LEI APLICÁVEL NAS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS CONVENCIONAIS. 2.2 LEX FORI E LEX LOCI CELEBRATIONIS. 2.3 FORMAÇÃO DO CONTRATO INTERNACIONAL. 2.4 CONDIÇÕES DE VALIDADE. 2.5 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS. 2.6

PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL NOS CONTRATOS. 3- A REALIDADE ECONÔMICO-SOCIAL DO CONTRATO INTERNACIONAL. 3.1 EMPRESAS MULTINACIONAIS BRASILEIRAS. 3.2 CLÁUSULA DE HARDSHIP. 3.3 ARBITRAGEM. 3.4 A DEPEÇAGE NO CONTRATO INTERNACIONAL. 3.5 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, demonstrará a complexidade da formação dos contratos internacionais e sua importância nas empresas privadas brasileiras diante da crescente globalização, de forma que uma vez que as relações comerciais tendem a ser bem sucedidas e visam um quadro de cada vez mais crescimento em escala global, necessitará, portanto, de um contrato elaborado de acordo com o que exige a lei, mas, ao mesmo tempo, ainda encontrará dificuldade de ser elaborado, uma vez que não há aplicação dos Direitos Internacionais de forma unificada prevista no Ordenamento Brasileiro.

Primeiramente, abordar-se-á, para maiores esclarecimentos antes de adentrar ao tema em específico, que haja uma breve distinção acerca de que o tema de contratos internos, se diferencia do contrato internacional quanto ao liame de conexão de diferentes Estados que se faz presente, bem como algumas regras que serão apresentadas, demonstrando as peculiaridades do contrato internacional, como os elementos constitutivos que deverão se fazer presente, as cláusulas essenciais, onde constam aspectos relativos aos riscos, garantias, cláusulas e responsabilidade pela falta de execução. Apresentar-se-á também qual a origem dos contratos internacionais e qual a importância da correta elaboração dos contratos nas empresas internacionais na realidade em que hoje vivemos.

Em um segundo momento, tratar-se-á da lei aplicável nas obrigações internacionais convencionais e como complemento uma breve explicação do que vem a ser a *Lex Fori*, *Lex Loci Celebrationis*, os princípios que regem o contrato, como se formam e conseqüentemente se extinguem.

Para finalizar, demonstrar-se-á a complexidade da *depeçage* nos contratos internacionais e as realidades econômico-sociais das empresas brasileiras nos últimos anos e como a elaboração do contrato pode influenciar na atividade empresarial e sua relação com a outra parte do contrato para que consiga ser mantida sob bom funcionamento e não venha a ter a necessidade de vir a fechar suas sedes no exterior, demonstrando também a cláusula de *hardship* que prevê o acontecimento de fatores externos que possam vir a colocar em risco as atividades

empresariais e a arbitragem como solução para os possíveis conflitos que possam vir a existir.

Apresentar-se-á, por fim, as jurisprudências referentes a conflitos presentes nos contratos internacionais, que foram uma das fontes de pesquisa para o presente trabalho, bem como consulta e prévia pesquisa em livros, sites especializados no tema do trabalho e leis.

O presente estudo não pretende esgotar o tema acerca dos contratos internacionais, apresentando como foco a abordagem da chamada *depeçage* nos contratos empresariais internacionais privados, onde devido à complexidade da situação jurídica nesse caso, diversos aspectos que não podem ser tratados de forma conjunta, precisam ser abrangidos; momento em que ocorre o fracionamento do contrato em leis distintas.

1. CONSIDERAÇÕES BASILARES DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Neste capítulo serão abordados assuntos basilares dos contratos internacionais, para que possa haver um melhor entendimento sobre algumas distinções essenciais acerca do tema em estudo, passando a analisar a origem histórica, paralelismo com o contrato interno, elementos constitutivos e sua relação com as empresas. Uma vez estabelecida as noções básicas que se precisa ter em mente para dar continuidade ao objeto de estudo, haverá um aprofundamento relativo aos contratos internacionais.

1.1 ORIGEM HISTÓRICA DOS CONTRATOS

Designar o momento exato em que foi constituída a origem do comércio, é um fato que não se pode apontar com convicção, pelo motivo de que não poderá imaginar, como antigamente, fora do conhecimento ou de registro, teria sido realizado algo que hoje se encaixe na nossa concepção de contrato internacional.[1]

Sabe-se ,porém, que uma das primeiras formas conhecidas de relações comerciais, se dava através da troca de produtos de um comerciante com o outro, mesmo que o produto não fosse de mesma natureza, havendo entre as partes uma certa barganha, o que com o tempo e aumento da produção, se fazia necessária um modo mais concreto para de determinar a troca, onde surgem as moedas de troca, que foram um avanço inicial para que formas de maior garantias sobre os produtos fossem abarcadas.

Os conteúdos históricos narrados na Idade Média, pressupõe o início de algo que se aproxima das relações comerciais internacionais que se tem hoje, sendo advindos de ideais mercantilistas e também iluministas, também em Roma, onde se

inseriu a maior necessidade de garantias mais concretas, para resguardar não só a produção no território romano, como também para que a vontade das partes fossem devidamente cumpridas, momento o qual começa a ser consolidado uma forma de contrato que garantisse o direito e obrigações de cada um que fizesse parte de uma operação comercial.

A navegação marítima, foi um tema que começou a fortalecer a ideia de contrato entre partes de diferentes regiões/territórios, com a criação de uma "comissão fluvial", pois com o crescimento da produção e sua evolução extraterritorial, discutiriam assuntos que envolviam diversos países, de forma que os produtores precisariam se resguardar, caso algo acontecesse a seus produtos no meio das transações marítimas, sendo um marco no desenvolvimento comercial.

Com a evolução comercial crescendo cada vez mais e cada vez mais sendo necessária de uma forma global, sua expansão alavancou ainda mais a partir da revolução industrial que com a indústria/economia capitalista, se fazia de extrema importância a constituição de contratos como instrumentos indispensáveis as relações de comércio, de forma que as relações internacionais nesse âmbito, desse maior segurança ao negócio a ser realizado entre as partes.[2]

As relações comerciais, assim começaram a se desenvolver, de acordo a buscar sempre uma forma de uniformizar as relações comerciais, colocando entre elas a vontade das partes sem que houvesse grande complexidade e conflitos para tomada das decisões dos direitos aplicáveis, já que cada qual queria garantir o cumprimento do contrato em seu favor, então qual lei aplicar? Logo, aparece um cenário onde se faz presente a criação da Liga das Nações para que então regulasse as atividades desenvolvidas entre os Estados e logo após a segunda guerra mundial, há a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), com a finalidade de que a cooperação internacional se faça mais eficaz, sendo estes as primeiras Organizações internacionais. Observa-se:

Da segunda metade do século XIX até a primeira guerra mundial, diversos tratados e conferências internacionais foram realizados. Contudo, após a primeira guerra mundial e com o surgimento da Liga das Nações Unidas ou Pacto da Sociedade das Nações, o direito internacional modificou-se com o surgimento de diversos organismos internacionais, fenômeno que foi intensificado após a segunda grande guerra. A propósito, foi a 26 de junho de 1945 que diversos Estados assinaram a carta de São Francisco, que instituiu a Organização das Nações Unidas (GARCIA, 2004, p.188)

Portanto, com a crescente globalização e formas mais evoluídas de se tratar a relação comercial, bem como novas formas de comércio, é essencial que o contrato sobre as relações comerciais internacionais, sejam elaborados de formas mais prática e menos complexas, já que o contexto mundial atual dispõe de mais organismos internacionais para regular essas relações do que antigamente.

1.2 A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS NAS EMPRESAS

As empresas com relações internacionais, hoje em dia e cada vez mais, se desenvolvem, ao passo que as exigências comerciais advindas da globalização, se fazem cada vez mais presentes e com uma demanda muito grande a se cumprir, onde se tornam sujeitos do comércio internacional, necessitando não somente de certa autonomia para controlar suas relações jurídicas, como também de um meio para resguardar seus direitos e cumprir as obrigações para com o outro lado negociante.

Ao se estabelecer um negócio fora de seu território, claramente implicará em leis também fora de seu território que haverão de ser cumpridas e conciliadas com o seu próprio, para que ambas as partes não sofram prejuízo e alcancem o fim almejado, meio onde se tem como solução de resguardo a elaboração de um contrato internacional de comércio, gerando obrigações entre os contratantes e estabelecendo os aspectos jurídicos a serem abordados em suas formas claras e eficazes de acordo com as leis. (AMARAL, 2006)

Sem um contrato corretamente e bem elaborado, as garantias dos negócios empresariais diminuem, sem a certeza ou controle de suas relações comerciais. Com uma segurança maior de seus direitos e obrigações é possível alcançar um maior número de operações bem sucedidas e desenvolvê-las.

Para tanto, para se realizar o contrato internacional, deve-se atentar as leis que nele deverão ser aplicadas, em sua forma de execução, limitação da autonomia de vontade das partes, seus elementos caracterizadores, cláusulas essenciais e demais elementos a serem necessariamente ou obrigatoriamente abordados.

1.3 PARALELISMO DOS CONTRATOS INTERNOS E INTERNACIONAIS

A base para se falar em distinção entre contratos internos e internacionais, sempre foi amplamente colocada como se dependesse de um fator geográfico espacial para se distinguir sobre qual seria a denominação correta para o contrato a ser tratado em questão, porém existem mais elementos que irão ser capazes de trazer a distinção para formação de um contrato internacional.

Se olharmos pela tendência chauvinista, poderíamos aceitar essa válida conotação, porém há uma certa restrição que não nos permite analisar os demais

elementos da relação contratual internacional, que ao ser analisada por pessoas que vivenciam as operações do comércio internacional, é concebido um entendimento mais amplo de que o fato gerador do contrato internacional advém da consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas a partir de onde deve-se analisar todos os elementos e situações que desse meio se originam para verificar a possibilidade da formação de um contrato internacional. (STRENGER, 2001).

Na legislação brasileira, é possível estabelecer, de acordo com o art. 2 do Decreto-Lei n. 857 de 1969 que o contrato internacional deve possuir elementos que possibilitem vinculá-lo a sistemas jurídicos diversos e tenha por objeto uma relação que envolva o fluxo duplo de bens pela fronteira

Logo, se não houverem circunstâncias e elementos na relação de comércio para que se note a necessidade da elaboração de um contrato internacional, além da análise espacial e geográfica que circundam as partes e os Estados, este contrato será então interno, contendo seus elementos e características sem adentrar no âmbito internacional, respeitando as normas apenas de um território.

A contratação, isto é, o acordo bilateral pode produzir-se nos âmbitos interno e internacional. Quando os elementos constitutivos do contrato (partes, objeto, lugar onde se pactua a obrigação, lugar onde deverá surtir seus efeitos) se originam e se realizam dentro dos limites geográficos- políticos de um único país, estamos situados no âmbito interno das obrigações. Inversamente, quando as partes contratantes tenham nacionalidades diversas ou domicílio em países distintos, quando a mercadoria ou serviço objeto da obrigação seja entregue ou prestado além-fronteiras, ou quando os lugares da celebração e execução das obrigações contratuais tampouco coincidam, estaremos no âmbito dos contratos internacionais.(SIQUEIROS;TIBURCIO;BARROSO, 2006, p.563)

Dessa forma, destaca-se a complexidade dos contratos internacionais, que envolvem também um plano de mutações políticas e econômicas que alteram os fatores a serem abordados nos contratos das relações comerciais, de modo a se submeterem a maiores exigências instrumentais e especializações acerca do Direito.

1.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO

Existem elementos dos quais se originam a formação da necessidade de se constituir um contrato internacional, de onde nasce uma obrigação, ou seja, uma

relação jurídica entre as partes, onde uma vez que se faça presente um dos elementos a ser citado, constituir-se-á um contrato internacional.

Primeiramente deve ser analisada a nacionalidade, fator esse que influenciará sobre onde serão cumpridas as obrigações e assinados eventuais contratos, sendo que a nacionalidade está diretamente ligada ao alcance da norma a ser aplicada, idioma e possível foro de jurisdição competente.

De maneira paralela, temos o domicílio, onde importa pelo motivo de estar ciente sobre o local em que a parte possa ser encontrada, local esse que conseqüentemente importará para realização da atividade comercial, já que certamente a lei do local onde tem domicílio uma das partes, será uma opção aplicável ao contrato, assim como os demais elementos caracterizadores também estão diretamente ligados com a formação do contrato.

Chama-se formação do contrato internacional de comércio todas as fases, a partir das tratativas iniciais, que têm por finalidade a colocação de pressupostos do objeto consensual, com força vinculativa, e eficácia jurídica, que prevalece para todos os efeitos posteriores, salvo revogação expressa das partes. (STRENGER, 2003,p.31)

Elemento essencial é também o local onde a obrigação será assumida e onde será cumprida, que deverá preceder de uma análise da situação fática e dos documentos acerca da atividade comercial, juntamente seguindo a vontade das partes que se fará de modo convencional entre estas.

Conceitualmente essa relação será internacional quando pelo menos um de seus elementos constitutivos estiver em contato com mais de uma jurisdição independente, ou seja, quando um deles estiver relacionado a mais de um país. (JO, 2000, p.57)

Essa relação jurídica advém de uma obrigação convencional, já que se originam da vontade das partes, através de contratos ou acordos entre as mesmas, sendo também chamadas de obrigações contratuais. Outro extremo seria a relação não convencional ou extracontratual, a qual não nos interessa, por se tratar de algo já preestabelecido fora do âmbito estipulado pela concordância de termos contratuais estabelecidos pela vontade de ambos.

De forma resumida, esclarecer-se-á, que não apenas a um instrumento se prende a caracterização do contrato, devendo levar mais elementos em consideração, como abordado acima. Vejamos:

O contrato internacional vai caracterizar-se não só pela simples negociação entre pessoas (física e/ou jurídica) estrangeiras, mas também será instrumento jurídica e intrinsecamente extraterritorial. Vale dizer, importante serão os fatores decorrentes da própria negociação e execução do contrato, com a amplitude da domicilidade e da diversidade dos sistemas jurídicos intervenientes na 'vida contratual'. Deverá, pois, ter reflexo em ordenamentos jurídicos distintos, com uma verdadeira influência sobre a esfera negocial de que é instrumentalizador. (FERRAZ, 2001, p.72)

Estabelecer-se-á que o contrato não se prende apenas a autonomia de vontade apresentada entre as partes contratantes ou somente a lei de um Estado e sim das diversas condições estipuladas no contrato a ser executado, observando a lei e cláusulas ali contidas, devido a complexidade da elaboração de um contrato internacional, que aborda mais de um sistema jurídico a ser considerado.

1.5 CLÁUSULAS ESSENCIAIS NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Para regular as operações de um negócio comercial de âmbito internacional, é preciso que sejam estabelecidas algumas cláusulas específicas para as operações a se realizar, sendo algumas destas, cláusulas sobre Juros, cláusulas de arbitragem, cláusula de preço e forma de entrega, cláusula penal e garantias, as quais estabeleceremos brevemente sobre cada uma em seu ponto mais importante.

Se tomarmos o contrato como símbolo expressivo desse tratamento, devemos admitir que suas regras resultam tanto da vontade da lei quanto da vontade do indivíduo, porquanto a estrutura orgânica e homogênea do homem em sociedade não dissocia o domínio da lei do domínio da liberdade, mas se integram ambos na vida social, para que a verdadeira liberdade possa ser alcançada.(STRENGER, 2001, p.465)

A cláusula geral, como já é de conhecimento a autonomia de vontade das partes se faz de suma importância nos contratos e, para tanto deve-se precaver a expressa determinação de que no contrato em específico haja a aceitação dessa autonomia, para que a relação jurídica não fique engessada somente nas leis imperativas imposta por determinado território.

A cláusula sobre juros, é onde se trata da inadimplência na obrigação de pagamento, quando há um atraso para se pagar o valor devido, deve-se decidir sobre

qual será a taxa de juros aplicável, sendo de prática mais comum a adoção da taxa LIBOR (*London Inter Bank Offered Rate*)

A fim de tentar evitar o envolvimento da justiça estatal em eventuais conflitos que possam surgir diante das relações comerciais, ou da denúncia de algum dos Estados, a cláusula de arbitragem, resguarda a tentativa de solucionar os conflitos existente, por meio amigável.

A cláusula da escolha da lei aplicável, é essencial pois na falta de escolha da lei que será aplicável por autonomia da vontade das partes, determinando sobre a lei de qual território será instituída a determinado assunto do contrato, havendo lacunas vagas ou mesmo inexistindo a escolha, o Direito Internacional Privados de ambos os Estados incidirão no contrato, estabelecendo qual lei prevalecerá em cada caso, não mais importando a escolha sobre respectivo ponto do contrato a vontade das partes, porém devendo respeitar a norma de ordem pública internacional.

Existem ainda outras cláusulas que estabelecem o procedimento em relação a oscilação de preço no mercado, não cumprimento decorrente de força maior, retenção de título até que haja o pagamento integral, cláusula da escolha da língua do contrato, de rescisão, confidencialidade, entre algumas outras ora não citadas, por motivo de discorrer sobre as mais essenciais no presente momento. (GARCEZ, 1994).

2- NORMAS ESTABELECIDAS NO DESENVOLVIMENTO DOS CONTRATOS

Encontrar-se-á nesse capítulo, questões um pouco mais aprofundadas no que diz respeito a qual norma será usada para elaborar o contrato internacional, como ocorre sua formação, bem como as condições de validade atinentes ao contrato e de que forma se extinguirá.

2.1 LEI APLICÁVEL NAS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS CONVENCIONAIS

A vontade das partes, embora amplamente admitidas, não é estabelecida em sua forma absoluta, de modo que existem normas imperativas dentro de um território que devem ser seguidas, as quais serão as normas do local onde há de se executar o contrato, juntamente seguindo as regras de ordem pública. Aplica-se ao contrato internacional a lei que ficar definida entre os negociantes comerciais, seguindo, portanto, uma limitação, devendo sempre estabelecê-las de acordo ao sistema jurídico ao qual as partes se englobam.

Sobre a autonomia da vontade, vejamos:

Nos contratos internos não se escolhe qual sistema ou sistemas jurídicos irão dirimir eventuais litígios oriundos da relação

obrigacional, respeitando-se a autonomia da vontade apenas no que diz respeito às cláusulas contratuais e não havendo discussão quanto ao regime ou regimes jurídicos que irão embasar os deveres contraídos. Enquanto no direito privado interno a autonomia da vontade restringe-se ao estabelecimento das cláusulas contratuais caracterizadoras do compromisso, no Direito Internacional Privado, diferentemente, opta-se pela via contratual, tanto pelos sistemas jurídicos, quanto pelo estabelecimento das demais cláusulas obrigacionais. O contrato internacional pode estar embasado em mais de um sistema jurídico, sendo necessário, antes de qualquer outra análise, perquirir qual será a lei ou leis aplicáveis aos litígios dele decorrentes, podendo-se muitas vezes considerar um terceiro sistema neutro às partes, e que melhor se adapte às circunstâncias da negociação. (LAMY, 2005, p.410)

Enquanto, por outro lado, a lei dispõe, nos artigos 9º e 17º da LINDB:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Art. 17º As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública, e os bons costumes.

Existem muitas controvérsias, surgidas com a entrada em vigor da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, ganhando força o debate sobre a manutenção ou não do princípio, em face de ter sido suprimida a expressão “salvo estipulação em contrário”, que antes a permitia. O debate subiu de ponto porque enquanto alguns acharam que isso significou a vontade do legislador em afastar o princípio do nosso ordenamento, outros entenderam que a simples inexistência dos termos anteriores não indicava expressamente sua proibição.

Nesse contexto há doutrinas que defendem que a autonomia da vontade pode se fazer valer, mesmo se tratando o art. 9º da LINDB de uma norma cogente, desde que seja admitida pela lei do país onde a obrigação se constituir, porém não contrariando uma norma que venha a ser imperativa. Logo, fica clara divergência de opiniões acerca do referido artigo, formando interpretações literais da lei e entendimentos que se baseiam além desta, buscando apoio também em requisitos extrínsecos, princípios do direito internacional e demais fontes que garantem a autonomia da vontade das partes.

No mesmo viés, há que se falar na convenção do México de 1994, onde o assunto abordado é justamente a lei aplicável aos contratos internacionais, abordando o continente americano, sendo também nominalmente conhecida como conferência interamericana especializada sobre direito internacional privado V, onde em seu artigo 7º prevê de maneira expressa que o contrato rege-se pelo direito escolhidos pela parte. Vejamos:

Art. 7. O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.

Logo, a mesma convenção em seu artigo 8º, estipula que as presentes considerações estabelecida na presente convenção não há de se aplicar a acordos de arbitragem ou eleição de foro e nesse sentido, a Lei n. 9.307/1996, prevê a autorização de forma expressa a autonomia das partes quando a escolha do direito aplicável ao contrato, trazendo sua redação uma forma mais avançada sobre o assunto discutido.

O Brasil, porém, não é signatário de fato da convenção, pois não teve seu processo de internalização na legislação brasileira, não tendo sido levado ao Congresso Nacional pelo poder executivo, fato que torna vigente o texto do art. 9º da LINDB (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro).

A uniformização das normas de direito internacional vem de tempos sendo aclamada, pois diminuiria a complexidade nos contratos internacionais, que são de grande importância para o comércio internacional, globalização e economia do país, motivo pelo qual a apreciação da convenção mexicana de 1994, seria de grande importância, trazendo conceitos uniformizados para dirimir conflitos, já que a legislação interna brasileira não contempla de forma clara e expressa sobre a

aplicação da autonomia da vontade, deixando-se por interpretar e utilizar a *lex fori* de cada país, decidindo sobre a limitação e até onde vai o alcance dessa autonomia nos contratos internacionais.

2.2 LEX FORI E LEX LOCI CELEBRATIONIS

Existe um princípio que serve como base para tratativa dos contratos internacionais no que se refere a lei aplicável ao negócio em questão e como e quais regras deverão ser seguidas para que se possa chegar a uma decisão sobre qual lei irá prevalecer e como será aplicada no contrato, é ele o princípio da soberania do Estado.

Há um conceito que seria o primeiro a remeter a ideia da soberania do Estado:

A elaboração das leis cabe ao povo, ou a seus justos representantes, originariamente, podendo o poder ser exercido sem qualquer forma de dependência a mandatos ou ratificações populares, desde que em proveito da comunidade. (HENRIQUES JR, 2006, p.252).

Logo, é possível, como já vimos, que haja a eleição de um foro entre as partes contratantes, bem como a mesma pode ser indicada pela legislação de Direito Internacional Privado em determinados casos onde a lei do país seja omissa ou não haja consenso entre as partes contratantes, porém quem irá nortear os limites dessa aplicação, será sempre a lei do lugar em que o contrato está sendo estabelecido, ao qual chamamos *Lex Fori*, uma vez que ao se privilegiar uma legislação estrangeira em detrimento da legislação interna, estaria violando o princípio da soberania do Estado

A *Lex Fori*, muito utilizada no direito internacional, não é positivada em dispositivo específico, sendo tratada em doutrinas e de forma a se estabelecer implícita no ordenamento, sendo sua aplicação de grande importância uma vez que a *Lex Fori* se faz presente para dirimir desacordo entre as partes quando estas não alcançam um consenso para decidir a lei de qual Estado irá reger o contrato, tendo os contratantes sendo omissos, norteiam-se pela *Lex Fori*.

Em decorrência da complexa determinação sobre as leis que regem o contrato internacional, aclama-se por uma uniformização das normas jurídicas no âmbito internacional, para que facilite os trâmites dos contratos internacionais, que muito importam na economia e desenvolvimento de um país, porém seria preciso, para que isso ocorresse, a ratificação de tais normas por todos os países ou pelo

menos normas internacionais uniformizadas em cada continente, para facilitar o alcance da ratificação das normas por uma quantia menor de países.

No Brasil, ao que se refere a *Lex Fori*, destacar-se-á, que o país adota a teoria da *Lex Fori*, salvo em duas situações: a qualificação dos bens e das obrigações elencadas na LINDB, casos em que se adota a *Lex Causae* (DOLINGER, 2005)

A *Lex Fori* é tratada como um elemento de conexão, que por sua vez indicam como será definida a lei a ser aplicada em determinado contrato. Ressalta-se porém que os elementos de conexão não servem para solucionar e determinar a lei que será aplicada, serve para indicar a melhor aplicação ao direito, servindo como um instrumento para auxiliar o julgador.

Hoje, em razão desta multiplicidade de relações com reflexos internacionais, a aplicação do direito é apontada pela *lex fori*, ou seja, a lei do foro, que são as leis internas de cada país, que tratam da aplicação da lei estrangeira e dos conflitos destas com as leis locais (AMORIM, 2014, p.58).

O rol de elementos de conexão é exemplificativo, trazendo além da *lex fori*, sendo três os de maior aplicação prática no Brasil, que se tratam do Estado das pessoas, abordando a nacionalidade e domicílio das partes, sendo que esses elementos estarão individualizando as características dos contratantes e ,logo, os direitos e deveres que cabem a cada um destes.

Ainda nos elementos de conexão, se estabelecem os que tratam do local de celebração ou execução do contrato, bem como a autonomia da vontade das partes, uma vez que as seguintes considerações conseguirão trazer uma visão mais ampla do direito a ser aplicado no quadro em questão.

Sendo então o elemento de conexão aplicável segundo a LINDB, o *lex loci celebrationis*, onde a lei aplicável ao contrato, será a lei do local onde o contrato foi assinado, onde é considerado porem como lugar da celebração o domicílio do proponente.

2.3 FORMAÇÃO DO CONTRATO INTERNACIONAL

De forma inicial, o contrato internacional é dividido em duas fases, passando pela fase pré-contratual e contratual. Na fase pré-contratual versa sobre as tratativas e negociações que ocorrem, sendo estas muitas vezes longas, devido à complexidade dos assuntos a serem debatidos para que se possa chegar a uma decisão única, onde ambas as partes contratantes estejam de acordo, bem como as decisões estejam de acordo com a legislação a ser aplicada.

Diante da importância da ocorrência da fase pré-contratual, o Código Civil Brasileiro, estabeleceu o seguinte artigo que trata da responsabilidade pré-contratual:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, regulando dessa forma os acontecimentos que podem vir a causar dano a qualquer uma das partes, ante o não cumprimento da boa-fé.

Ressaltando ainda em um mesmo contexto:

Primeiramente, presume-se que as partes procedem com lealdade e confiança recíprocas (boa-fé), devendo fazer prova aquele que alega a má-fé do outro. Em segundo lugar, entende-se que a intenção das partes deve prevalecer sobre o que foi literalmente declarado. Daí a importância das testemunhas. (VENTURA,2002, p.32)

Pode se dizer então, que a formação do contrato se estabelece, desde o momento em que são realizadas as tratativas iniciais, onde as partes entram em um consenso sobre o objeto que será tratado e todos seus pressupostos que devem ser levados em consideração e muitas vezes essa etapa se confunde com os procedimentos preliminares do contrato internacional. Essa fase da tratativa, é regida por eficácia jurídica, tendo efeito em todas as fases que estão por vir, devendo ser rigorosamente observada entre as partes, podendo as mesmas a partir de mutuo consensualismo, revogarem-na expressamente.

Nessa fase, a incidência de responsabilidade dos contratantes, tem capacidade para gerar, segundo o princípio da boa-fé, deveres jurídicos para os contratantes, como pode se observar no texto de lei do Código Civil Brasileiro:

Art. 186, Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Os elementos mais discutidos nessa fase, são: o idioma em que o contrato será realizado, técnica de redação e negociação. As técnicas de redação serão realizadas de acordo com a legislação em que o contrato será tratado, podendo haver um contrato padrão que são preparados por organizações internacionais ou mesmo um contrato já elaborado por uma das partes que dispõe a leitura e

aprovação da outra parte ou são contratos elaborados de forma conjunta ao desdobramento das tratativas, por ambas as partes.

No que se refere aos idiomas podem ser definidos em uma única língua oficial ou também dispendo o contrato de duas línguas, onde uma será considerada oficial acompanhada da outra não oficial e menos utilizada, porém aplicável, pode-se utilizar diversas línguas com valores oficiais, de forma que serão aplicadas qualquer dessas alternativas, na falta de imposição contratual prévia sobre o idioma a ser aplicado.

Ao fazer referência a formação dos contratos internacionais, dispõe que:

Aquele que elabora o contrato deve dedicar atenção especial à verificação de quais as regras de competência internacional que regem a situação e, a seguir, determinar a norma de conflito aplicável pelo juiz competente em cada hipótese, para, então, indicar o direito material aplicável. (BAPTISTA, 1994, p.82)

Temos então a fase contratual, onde se fara presente a aceitação do contrato, indicando a transição da fase pré-contratual para contratual, estabelecendo também tratativas sobre o local da celebração do contrato, sendo de grande importância ao se tratar da determinação da lei aplicável ao foro competente e local da celebração do contrato, assim como condições, contraprestações, prazos e sanções em caso de descumprimento do contrato.

A aceitação se dá como concluída mediante declaração ou a algum ato, se assim for condicionada como condição para aceitação no contrato, passando a surtir efeitos, como por exemplo "a aceitação fica condicionada ao pagamento do objeto do contrato, logo, após a prática do ato, será considerada declarada a aceitação".

Vale ressaltar também que o silêncio não é valido como aceitação. A proposta não precisará abordar detalhadamente todos os detalhes, mas deverão conter os elementos essenciais, de acordo com as condições de validade, como veremos a seguir.

2.4 CONDIÇÕES DE VALIDADE

O contrato deve conter os elementos essenciais, abordando o objeto do contrato, que poderá constituir uma obrigação de dar, fazer ou não fazer da forma que se determinar, bem como deve tratar sobre a contraprestação, de modo que uma parte oferece um serviço ou produto a empresa e em contrapartida o outro lado se compromete a pagar um preço ou realizar um serviço, configurando vantagem

indevida caso um dos polos não cumpra com sua obrigação e então, a partir da concordância da parte sobre os elementos essenciais estipulados, há a formação do contrato (STRENGER, 1986).

Esse contrato, requer ainda algumas condições de validade, que seriam primeiramente a qualificação do objeto, qual seja lícito possível e determinado, de maneira clara e inequívoca e a qualificação das partes, consentimento real das partes, que deve ser livre e consciente, ou seja, manifestada com clareza e sem coação ou chantagem de qualquer tipo, bem como deve também constar a sanção prevista.

Na falta de qualquer pressuposto de validade, o contrato será passível de atos anulatórios, ressaltando que para o consentimento de vontade das partes negociantes, no entanto, não seja necessário sua presença física, podendo recorrer a outros meios de comunicação, mas se atentando, ao optar por esse meio, que poderão surgir complicações ao necessitar da prova de capacitação das partes no momento da celebração ou horário efetivo da negociação, dependendo do local onde as partes se encontrem, ao que se refere ao fuso horário ou local onde a oferta foi aceita (BAPTISTA, 1994).

Uma das condições de validade, que abordam a qualificação da parte e objeto do contrato, estão estabelecidas no art.14 do Código Civil Brasileiro, que também é utilizado no âmbito contratual interno.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

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

Essa aplicação é possível, visto que:

Genericamente, as condições de validade de um contrato podem ser fundadas tanto na ordem interna como na internacional, sendo certo que a ordem pública internacional somente se convalida mediante tratados, convenções ou acordos, ou por força de leis imperativas nacionais. (STRENGER, 1986,p.201)

No que diz respeito ao agente capaz, é preciso que este consiga entender o ato que está para realizar e não estar apenas fisicamente capacitado, sendo o que denominamos como capacidade civil. Ocorre que essa disposição da capacidade pode variar em incapacidade relativa e incapacidade absoluta, de forma que as hipóteses da primeira estão elencadas no art. 4º do Código Civil, já as hipóteses da segunda se encontram no art. 3º também do mesmo dispositivo.

Ao se referir ao objeto lícito, possível e determinável, pressupõe que o objeto do contrato não seja contrário a lei, por exemplo, não posso usar como objeto de um contrato, a venda de substâncias ilícitas como cocaína, que é proibida perante a legislação brasileira. O objeto deve ainda ter a possibilidade física de ser parte do negócio jurídico, de forma que esteja dentro das condições humanas ou da natureza e ainda ser determinado ou determinável, sendo indicado especificamente um objeto, ou a categoria do objeto do negócio

Relativo a obrigatoriedade da condição que aborda a autonomia da vontade, ao se tratar do consentimento das partes, que integra o negócio jurídico como uma das condições de validade, ao qual a partir da manifestação da vontade das partes em aceitação e comum acordo do disposto em contrato, criam entre si direitos e obrigações, que somente poderão ser revertidos diante de novo acordo entre os mesmos, onde podemos observar o *pacta sunt servanda*, demonstrando que o contrato faz lei entre as partes, oferecendo maiores seguranças as partes no momento da elaboração do contrato, gerando então o contrato como uma força obrigatória decorrente da autonomia da vontade, mesmo quando nos limites da legislação aplicada.

Pode ocorrer também, ao se tratar da vontade das partes, um certo vício em um dos polos contratantes, que possibilitariam a anulação do contrato. Esses vícios são chamados de vício de consentimentos, que podem resultar de erro sobre alguma questão mal interpretada ou mal colocada no contrato, de forma a não restar clara ou algum elemento essencial que venha a não constar no contrato ou constar de forma equivocada. Esses mesmos podem também se apresentar diante de coação de uma das partes, meios empregados para ludibriar, induzir a outra parte a vir a concordar e aceitar as condições dispostas no contrato e em decorrência de todos esses motivos, não seria certo que o contrato continuasse com sua eficácia intacta, logo, o Código Civil em seu art.147, dispõe que:

É anulável o ato jurídico:

I - Por incapacidade relativa do agente (art.6º)

II- Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude.

Ainda sobre o assunto, tem-se que:

Cumpra-se destacar que se o consentimento viciado não obriga o indivíduo, o consentimento livre de vícios o obriga, de tal maneira que, mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, na visão tradicional só se poderá recorrer ao direito em casos especialíssimos de lesão. Destarte, são irrelevantes os motivos que teriam levado o indivíduo a contratar e suas expectativas originais. (MARQUES, 1995, p.39)

As intenções declaradas em um contrato, com todos seus elementos essenciais a condição de validade, estabelecerão base para as cláusulas a serem abordadas no contrato, motivo pelo qual nesse momento é importante analisar que não há nenhum vício de consentimento, para poder prosseguir até o momento da conclusão do contrato.

2.5 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Primeiramente há que se estabelecer a distinção entre as terminologias utilizadas que causam divergências nos entendimentos quanto a um contrato devidamente finalizado, que atingiu seu objetivo, passou pelos devidos procedimentos em que as partes cumpriram com sua obrigação, se encontrando concluso; para esse usamos a terminologia de "execução do contrato" que nada mais seria que sua extinção por já ter sido executado. De outro lado temos o contrato que por algum acontecimento durante sua vigência, vem a se extinguir antes do prazo e não de forma natural segundo os trâmites previstos, deixando assim de existir, ao qual chamamos de extinção. (MARQUES, 2007)

O fim estabelecido pode se dar em três momentos: de forma imediata devida a circunstâncias não premeditadas, imediata mediante a execução do contrato ou mediata, diante de estipulação de prazo. Pode ainda o contrato deixar de existir, ao se tratar de um contrato por tempo indeterminado, se uma das partes quiser pôr fim a relação negocial.

Ocorrendo a execução do contrato, irão se extinguir também os direitos e obrigações de cada parte, porém se o mesmo for extinto, por qualquer motivo, antes de serem cumpridas as obrigações estipuladas a cada parte negociante, de forma que o contrato ainda não tenha cumprido com sua função fim, deverá se analisar o

momento em que ocorreu o fato gerador para extinção do contrato, para sabermos então como proceder. (GOMES,1997)

Segundo o disposto no art.475 do Código Civil: "A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. "

Se o contrato foi anulado, ainda nas negociações anteriores a sua aceitação ou na fase preliminar por falta de condições de validade, como vimos acima, ele será obviamente extinto por anulação, não havendo consequências as obrigações que seriam ainda formadas, salvo negociação ou tratativa diversa entre as partes, porém se a causa extintiva for posterior a formação definitiva do contrato, de forma que já é juridicamente válido, havendo inadimplemento por uma das partes, ocorrerá a extinção por meio de resolução, a pedido do lesado. Observa que se tratando de negócio celebrado em qual a natureza jurídica seja infungível, não poderá ocorrer a resolução forçada do contrato.

A parte lesada, tem além da opção de pedir a resolução do contrato, também a opção de que seja cumprida a obrigação, desde que o contrato disponha dessa alternativa, podendo em ambas pedir a indenização e perdas e danos.

A extinção por meio da resolução do contrato, é por sua vez, uma espécie de rompimento de vínculo contratual, que pode ser estabelecida a latu sensu, com efeito retroativo ou de forma *ex nunc*, que não retroage, tendo efeito apenas no presente, a qual chamamos de rescisão e quando realizada a pedido da parte prejudicada, denomina-se rescisão. A parte lesada, diante do inadimplemento de outra, pode pedir indenização cumulada com perdas e danos, que é uma sanção cabível diante da inexecução da obrigação, podendo esta ser ou não culposa. A principal consequência jurídica após a resolução do contrato, é o seu retorno ao status quo, como era antes, de forma que tudo que foi recebido pela parte inadimplente da negociação, seja restituída em função do contrato resolvido. (MIRANDA, 1983).

A nomenclatura aplicada as formas de extinção do contrato, sempre foi objeto de dúvidas sobre a aplicação e cabimento de cada uma, porém da forma mais objetiva possível, tentamos esclarecer os seguintes conceitos a observar:

Colocou o Novo Código Civil ponto final a dúvida semântica que apenas embaralhava conceitos e em nada contribuía para a compreensão da matéria: explicitou o que entende por rescisão e por resolução. Acolheu nosso Código Civil, nitidamente, a sugestão de Orlando Gomes, para quem "sob nome de rescisão,

usado pelos juristas franceses, designa-se o modo de extinção de contratos, pela vontade de um ou dois contratantes. Resolução por seu turno, é a extinção do contrato fundada no inadimplemento, ou em razão da onerosidade excessiva. Os artigos 472 e 473 do Código Civil, disciplinam as duas hipóteses de resilição fundadas na vontade de ambas ou, ao menos, uma das partes do contrato. O distrato é a resilição bilateral. Regula em seguida a resilição unilateral, mediante denuncia de uma das partes. Os arts. 474 e 475 do Código Civil disciplinam a resolução, fundada no inadimplemento de um dos contratantes e seus dois mecanismos, a clausula resolutive expressa e a clausula resolutive tácita. Os arts. 478 e 480, por sua vez, regulam as hipóteses de resolução do contrato fundada em onerosidade excessiva, com a ressalva da possibilidade de preservação da avença, devolvendo-lhe o equilíbrio original perdido (art. 479 e 480, CC). Em suma, a distinção fundamental entre resilição e resolução, por expressa opção do legislador, se encontra na causa de extinção do contrato, a primeira fundada na vontade e a segunda no inadimplemento ou na onerosidade excessiva. (LOUREIRO,2011, p. 610).

Com as parecidas nomenclaturas que a resolução e a resilição apresentam, fácil se confundir quanto ao seu uso, que agora se faz esclarecido, ao estabelecer que sua principal diferença se deve ao fato que originar a extinção do contrato, devendo analisar-se ,portanto, se houve alguma cousa de onerosidade excessiva ou qualquer ocorrência de inadimplemento ou se a extinção se fez presente mediante vontade das partes.

2.6 PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL NOS CONTRATOS

Ao se tratar de relações internacionais, temos alguns princípios que garantem sua aplicação aos contratos de Direito Internacional Privado, porém abordaremos a seguir os princípios considerados mais importantes ao tema em questão.

Muito já ouvimos falar que o contrato faz lei entre as partes, o que seria em outra denominação "*pacta sunt servanda*". Uma vez que há consentimento mutuo de ambas as partes negociantes, condições de validade corretamente aplicadas e formação do contrato de acordo com a legislação, a citada lei entre as partes esta consagrada, logo, temos o princípio da obrigatoriedade onde se faz presente a necessidade de cumprir o acordo previsto, que estabelece além de vinculo dos

pactuantes, também eficácia plena, de forma que sequer o Estado pode intervir na relação ora firmada. (STRENGER, 1986)

O contrato, porém, quando atinge um ponto em que eventualmente alguma das partes fique em desvantagem sobre algo já pactuado, pode comportar exceção do princípio da obrigatoriedade, de forma que os termos poderão ser renegociados caso uma parte venha a sofrer ônus diante do negócio enquanto outra mantém todos os lucros, ou seja, a partir do momento que há um desequilíbrio para uma das partes, então, se estabelecendo esse quadro, é possível que seja solicitada a renegociação do contrato ao que se trata de seus termos originais, considerando-se a boa-fé que deve ser fazer presente. (GOMES, 1993)

O princípio da força obrigatória dos contratos consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Tendo sido celebrado com observância de todos os pressupostos e requisitos, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos imperativos [...] reconhece que, a despeito da obrigatoriedade dos contratos, passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo de certos contratos. A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários que revelaram a injustiça da aplicação do princípio em seus termos absolutos. (GOMES, 1979, p. 40)

Outro princípio que é fundamental, bem como o mais esperado em uma relação de negócios, é o princípio da boa-fé, que indica se tratar de um contrato composto por partes que comportem confiança e lealdade sobre o que se estabeleceu entre ambos, como podemos observar:

O princípio da equidade e humanidade, suprimindo e sanando vícios; como critério de moralidade, refletindo no dever de agir com lealdade tanto na celebração do contrato como no cumprimento das obrigações avençadas; e como princípio interpretativo da norma jurídica e da vontade das partes. (SILVEIRA, 1985, p.171)

Dessa forma, fica demonstrado que a boa-fé não será cobrada apenas inicialmente e na formação do contrato, mas também posteriormente, observando se o objeto do negócio está cumprindo sua função fim como haveria de ser e cada parte está se portando da forma que deveria quanto ao que foi celebrado no contrato, não fazendo nada para interferir negativamente no acordo pactuado ou ludibriar, enganar ou agir de má-fé para com a outra parte contratante.

O princípio da autonomia das partes, já teve uma abordagem especial anteriormente, não podendo deixar de ser citado como um dos mais importantes princípios aplicáveis aos contratos do direito internacional. Esse princípio da liberdade as partes contratantes para firmarem um contrato da maneira que delinearem a sua própria vontade, porém tem de estar de acordo com normas imperativas concernentes a legislação aplicável, contendo uma certa limitação da vontade em algumas questões já reguladas pela lei. (DINIZ, 2008)

É visível que o contrato internacional é burocraticamente formado, uma vez que precisa ser desmembrado para aplicação das leis que tratarão do mesmo, pelo fato de ser composto por partes que trazem diferentes legislações, mas buscam um mesmo fim.

Por se tratar do já estabelecido princípio da autonomia da vontade, os Estados, em regra, não estão autorizados a intervir em assuntos internos de outros, contudo, há uma exceção pouco comentada, que autoriza, em alguns casos, a intervenção dos Estados em assuntos internos de outro soberano, que se dá pelo Conselho de segurança da ONU.[3]

Essa ideia de soberania era defendida inicialmente por Hobbes e por esse motivo não seria certo que outros Estados viessem a intervir em sua relação, como observa:

É nele que consiste a essência da república, a qual pode ser assim definida: uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por todos como autora, de modo que ela pode usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar convincente, para assegurar a paz e a defesa comuns. [...] Aquele que é portador dessa pessoa chama-se SOBERANO, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os demais são SÚDITOS" (HOBBS apud KUHN, 2008, p. 28).

Existe, entretanto, uma limitação a esse poder de soberania, que seria a supracitada exceção ao princípio da não intervenção dos assuntos internos dos Estados, que surgiu juntamente com os pactos internacionais de 1966, que visava proteger a pessoa humana, fazendo que acima da soberania do Estado, de maneira subordinada, se encontre a Tutela dos Direitos Humanos.

Nas relações contratuais internacionais, há que se falar no princípio da independência nacional, onde, mesmo havendo mais de uma legislação concernente entre as partes negociantes, apenas uma delas irá se sobressair, de forma que não

há impedimento que as leis de ambos contratantes de diferentes nações possam constar no contrato, porém devem sempre serem reguladas pela lei do ordenamento em que ambos se encontram e a partir desse momento, serão verificados o que é ou não possível ser flexibilizado a constar no contrato de acordo com a autonomia da vontade dos negociantes.

Esse princípio em si, repudia qualquer intervenção direta ou indireta de outro Estado, mantendo sua soberania tanto econômica quanto política, fato relativizado no tocante a formação dos contratos internacionais, porém nesse aspecto de uma forma menos rigorosa

Com base no princípio da solução pacífica dos litígios entre os Estados, também ao que se refere aos possíveis impasses e conflitos na formação de uma relação contratual internacional, haverá meios pacíficos para dirimi-los, seja por arbitragem ou caso haja alguma cláusula ou conste em contrato outra forma pacífica e justa de sanar o problema ocorrido

3- A REALIDADE ECONÔMICO-SOCIAL DO CONTRATO INTERNACIONAL

Neste capítulo serão abordadas questões acerca da realidade que cerca o contrato internacional, sendo o que realmente ocorre em decorrência da complexidade da formação dos contratos internacionais, demonstrando alguns gráficos de crescimento das empresas com subsidiárias em outros países e o que colaborou e interferiu no seu desenvolvimento, o processo que ocorre em caso de controvérsias e conflitos contratuais e ao final, algumas jurisprudências demonstrando a problemática envolvida.

3.1 EMPRESAS MULTINACIONAIS BRASILEIRAS

Buscando sempre aumentar o desenvolvimento das empresas em meio a crescente globalização, o mercado internacional é sempre alternativo em pauta para maior produtividade e crescimento do negócio, havendo mais opções de polos de produção da empresa, que colaboraria tanto para os interesses internos da empresa como para a economia do país.[4]

Podemos observar as empresas com maior número de países nos quais possuem subsidiárias próprias:

Empresa	Nº de países que possuem subsidiária
Stefanini	39
WEG	29

Marcopolo	23
Vale	23
JBS	20
Votorantim	2
Itau Unibanco	19
Odebrecht	18
Banco do Brasil	16
Iochpe-Maxion	16
	Fonte: Fundação Dom Cabral(2018)

Em se tratando de abertura e fechamento de operações das empresas brasileiras no exterior, ainda existem mais empresas que iniciaram suas atividades em outros países, totalizando entrada em 28 países, do que empresas que tiveram seu encerramento realizado, sendo a Argentina o país que mais recebe as empresas brasileiras, acompanhando as instalações também na América do Sul e do Norte, por outro lado, os maiores registros de fechamentos totalizam saída de 20 países, sendo que o maior registro de empresas brasileiras se encontram no Chile.

Esses dados demonstram o crescimento das empresas em âmbito internacional, uma vez que dados desde 2014 mostram sua crescente evolução, até alcançarmos os dados da tabela acima, relativas ao ano de 2018, sendo que o ranking de 2019 ainda está para ser realizado.

Diante dessa globalização das empresas e o interesse das mesmas em incluir uma subsidiária em outro país, se torna cada vez mais necessário a aplicação de um sistema uniforme nos contratos internacionais, para que as relações possam ocorrer de forma menos complexa, facilitando as relações exteriores.

O Brasil é Estado Membro do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado Internacional (UNIDROIT), porém segue as normas da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sendo mais burocratizada, o que faz com que as celebrações de relações internacionais ocorram em menor número, motivo pelo qual clama-se pela unificação do Direito Privado Internacional, aplicado a legislação brasileira, já que a atual legislação aplicada nos citados contratos, não segue as facilitações e inovações da UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado).

Sustentar-se-á a dificuldade da celebração do contrato:

Os operadores do comércio internacional almejam certeza e segurança, que têm dificuldade de alcançar, dada a imperfeição da ordem jurídica internacional, cheia de lacunas, causadas pela falta de coordenação decorrentes da disputa entre várias soberanias no plano jurídico e econômico. (LATORRE, 2002, p. 87)

Como se pode observar, as multinacionais que mais vem crescendo com subsidiárias no exterior afirmam que pretendem adentrar em novos mercados ou aumentar a área de atuação em sedes de outros países nos quais já tem sua empresa instalada, onde os principais países de instalação de empresas brasileiras se concentram no Estados Unidos, como observamos a seguir:

Posição	País	Número de empresas
1	Estados Unidos	44
2	Argentina	31
3	México	24
4	Chile	21
5	Colômbia	21
6	Peru	21
7	Uruguai	20
8	Uruguai	20
9	China	18
10	Reino Unido	15

Fonte: Fundação Dom Cabral (2017)

Impossível diante dos dados apresentados, deixar de notar a crescente atuação de multinacionais brasileiras e também estar ciente que muitas empresas instaladas no exterior realizam contratos sem prever as tratativas necessárias, podendo gerar vício, nulidade contratual e até mesmo situações que podem causar onerosidade excessiva a uma das partes, levando a empresa ao fechamento precoce. A dimensão do segmento da empresa não deve ser parâmetro para a realização de um contrato com mais ou menos rigor de seus termos e cláusulas, já que em qualquer negociação, principalmente internacional, é preciso para maior garantia da segurança dos atos negociais, a formalização do contrato, onde ambas as partes contratantes estejam cientes de todo o teor contratual, salvaguardando as principais e mais diversas hipóteses que poderão vir a ocorrer e assim ter um melhor desempenho no mercado internacional.

3.2 CLÁUSULA DE HARDSHIP

O termo "*hardship*" é utilizado para indicar a ocorrência de algum fator econômico, político, tecnológico ou mudança até mesmo no âmbito legal, que diante do contrato internacional celebrado, venha a causar prejuízo aos negociantes e por esse motivo, se faz de grande importância a cláusula de hardship, para que haja uma conservação do contrato realizado.(GLITZ, 2012)

Essa cláusula permitirá que o contrato passe por uma readaptação, onde os contratantes poderão rever os termos contratuais e alterá-los mediante mútua vontade, uma vez que para uma das partes, em decorrência de mudança de fatores externos, os termos estabelecidos tenham ficado demasiadamente onerosos ou prejudiciais de algum modo. (GARCEZ, 2011)

A presença da cláusula de *hardship* é fundada na autonomia privada e na conservação do contrato, que foi consagrada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, de forma que minorará os riscos acerca do negócio diante das mudanças externas ocorridas economicamente e politicamente que possam afetar diretamente não as partes, mas sim as consequências ao negócio, se não ocorrer a readaptação do contrato conforme forem demonstradas as necessidades, nesse sentido, demonstra-se:

As circunstâncias, imprevisíveis sempre, e exteriores à vontade das partes, ao contrário do que ocorre com a força maior, não se devem às forças da natureza ou a fatos de terceiros, mas a movimentos do ambiente do contrato, especialmente os da economia.(BAPTISTA,2011, p.81)

E no mesmo contexto:

Um aspecto que cabe ressaltar é que a presença desta cláusula, permitindo transformações nos termos do contrato, ao longo de sua execução, afasta a concepção do contrato como algo intangível, definitivo, ponto de equilíbrio entre interesses opostos. A noção se flexibiliza, no que pode ser vista uma influência da *lex mercatoria*, privilegiando a relação contratual como o lugar de manifestação do interesse comum das partes ligadas por longo tempo, ou seja, passa-se a lidar com um contrato evolutivo." (COSTA, 1995, p.77)

Essa cláusula possibilita também uma maior segurança jurídica e bom relacionamento de ambas as partes contratantes, demonstrando presente a boa-fé,

uma vez que está diretamente ligada à vontade e flexibilidade das partes em reeditar o contrato conforme a nova realidade que os cerca, sendo o fato gerador que veio a necessitar da prática da cláusula de *hardship*, inerente ao conhecimento das partes, que vem a alterar as condições inicialmente dispostas no contrato, o que prejudica o equilíbrio do contrato, que estabelece até mesmo a possibilidade de haver uma reorganização contratual no caso em que o mesmo apresente nulidade em suas disposições.

O *pacta sunt servanda*, que faz lei entre os contratantes, demonstra que o estabelecido em contrato deve ser seguido de forma rigorosa, sem se desvencilhar do que foi firmado entre as partes negociantes, porém o Código Civil de 2002 traz em seus artigos, ressalvas bem como a cláusula de *hardship*, em casos em que passe a haver onerosidade excessiva a uma das partes, desviando do princípio do *pacta sunt servanda* ao passo que poderá ocorrer uma readaptação dos termos iniciais do contrato, como podemos observar:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Atualmente, diante da globalização das empresas e frente a complexa relação dos negócios internacionais, se torna de grande importância que as cláusulas de *hardship* estejam presentes no contrato, salvaguardando o equilíbrio da relação entre as partes e a segurança jurídica estabelecida, contudo, a jurisprudência já vem firmando casos em que a citada cláusula não poderá ser aplicada, distinguindo portanto o que não caberiam como eventos imprevisíveis e extraordinários a afetar a onerosidade excessiva do contrato. Dessa forma ficam excluídos da aplicação da cláusula de *hardship* a inflação, majoração ou minoração de alíquotas, desvalorização monetária, aumento da dívida pública e variação do câmbio.

Logo, estabelecer-se-á a diferença do instituto de aplicação da cláusula:

[...] permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alterem substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata da aplicação especial da teoria da imprevisão à qual querem reconduzir a referida cláusula, no vezo condenável de transferir mecanicamente os institutos do armário civilístico clássico aos novos contratos comerciais. Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada superveniência de fatos que alterem a economia das partes para manter (...) sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar da relação de circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato. (GOMES, 1984, p.187)

A cláusula de hardship requer uma aplicação cuidadosa, para que não haja confusão entre o instituto da onerosidade excessiva e instituto da lesão, onde a mesma não poderia ser aplicada, contudo, a referida cláusula traria apenas benefício para as partes ao tempo em que seja utilizada, não prejudicando nenhuma das partes, que por sua vez, realizariam a reorganização dos termos do contrato de forma a vontade mutua empregada na relação para continuar mantendo a boa-fé e equilíbrio na relação contratual.

3.3 ARBITRAGEM

Diante da complexa relação contratual estabelecida no âmbito interno, onde incorrem em mais de uma legislação a ser aplicada em muitos dos casos, é normal que surjam alguns desentendimentos diante de possíveis acontecimentos na atividade empresarial. Muitos desses problemas já constam em contrato qual seria o foro responsável para dirimir eventual conflito, porém, a arbitragem é uma opção fora do âmbito judicial, ocorrendo quando estipulada cláusula compromissória ou compromisso arbitral, quadro que se faz presente a arbitragem, sendo um meio alternativo de solução de conflitos onde a decisão contempla eficácia equivalente a sentença judicial. (BAPTISTA, 2011)

A cláusula compromissória ocorre quando ambas as partes negociantes entram no acordo em que caso haja um conflito ou controvérsia acerca do estipulado em contrato ou sua execução, seria instaurada a arbitragem. Já no compromisso arbitral em caso de conflito ou controvérsia já restaria indicado em contrato quem seria o árbitro para dirimir eventual ocorrência. (FERREIRA, 2011)

Existem duas espécies de arbitragem em âmbito internacional, sendo a pública e a privada, de forma que na arbitragem pública internacional estariam

autorizados a agir, somente o Estado e Organizações internacionais, enquanto no âmbito privado internacional, ficam autorizadas a agir tanto as pessoas jurídicas como as físicas, não importando sua nacionalidade.

No Brasil, a arbitragem é regulada pela Lei 9307/96 | Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que diz em seu art.4º:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

A arbitragem apesar de ser um caminho através de um mediador com técnicas para conduzir as partes a uma solução, perante meios pacíficos, tem uma peculiaridade que a difere dos demais meios de meios para um acordo pacífico, ocorre que na mediação e na conciliação, a decisão não é obrigatória para as partes, o que não ocorre com a mediação. Assim sendo, a decisão jurisdicional e não judiciária, não há como qualquer das partes incorrer em recursos, podendo apenas fazer uso do pedido de interpretação, que avaliará a presença de ambiguidade na sentença proferida ou ainda revisão da mesma desde que preenchido alguns requisitos:

a) a descoberta de um fato novo que seja decisivo na questão; b) o desconhecimento deste fato por parte do Tribunal e por parte de quem pede a revisão; c) que está ignorância não seja devida à negligência de quem pede a revisão; d) a revisão seja pedida no prazo de seis meses, a contar da data da descoberta do novo fato; e) que não tenham transcorridos dez anos da sentença. (MELLO, 2004, p. 1450)

Diante de todo exposto, resta claro a praticidade e eficácia da arbitragem como meio de solucionar o conflito pacificamente, antes de partir para o judiciário, apresentando vantagens como uma solução mais equitativa estabelecida pela especialização dos árbitros na mediação e a celeridade do procedimento, de forma que a decisão proferida ser definitiva, sigilosa e flexível.

3.4 A DEPEÇAGE NO CONTRATO INTERNACIONAL

O contrato internacional, caracterizado também por compreender uma situação jurídica complexa, apresenta diversos aspectos conflitantes sobre o aspecto da lei aplicável a determinado assunto contido no contrato, de forma que não podem ser tratados em conjunto, motivo pelo qual denominamos esta ocorrência pelo termo “*depeçage*”, que seria o fracionamento, divisão do contrato em partes, onde se permite a aplicação da vontade das partes, porém com certos limites, tendo a intenção que sob esse ponto de partida, seja possível impulsionar os negócios jurídicos de cunho internacional, para que realmente apresentem resultado. A esse direito que parte como princípio do conjunto de costumes do comércio internacional, dá-se o nome de *Lex Mercatória*.

Ao se falar em *Lex Mercatória*, que foi um sistema jurídico desenvolvido pelos comerciantes europeus, temos como fim, a busca por um processo mais simples para as relações comerciais, de uma forma mais uniformizada, tendo como padrão a prática habitual comercial, respeitando como força de lei, também a vontade das partes, para fugir da complexa relação entre diversos direitos conflitantes, porém com a posterior vinculação das relações comerciais internacionais ao Direito Interno do Estado, novas diretrizes são traçadas também no Direito Privado, diminuindo a prevalência da ideia da *Lex Mercatória*, que mais para frente sofrerá a necessidade de novamente se instaurar no meio comercial, e dessa busca, se originam meios que possam atuar como uma terceira instituição para defender as relações comerciais entre as nações, sendo eles o GAAT(Acordo Geral de Tarifas e Comércio), OMC (Organização Mundial do Comércio) UNIDROIT(Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado), UNCITRAL(Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional).

Agora, brevemente esclarecido do que se trata a *Lex Mercatória*, retornemos ao termo “*depeçage*” que não muito se faz presente quando é buscado pelo ordenamento brasileiro, segundo jurisprudências consultadas, a constar como termo de nomenclatura em algumas doutrinas acerca do tema de contrato internacional, porém, sua ausência de forma alguma demonstra sua não aplicação, sendo que é sinônimo de desmembramento, fracionamento, entre outros que indicam procedimentos que ocorrem na relação contratual de comércio internacional. A

palavra *depeçage*, tem origem da doutrina francesa, não se abstendo do seu significado e incidência ativa quando aplicado no ordenamento brasileiro, mesmo que não expressamente muito utilizado o termo em si, é a prática mais incidente nos mencionados contratos.[5]

A *depeçage* ou fracionamento do contrato, é o que vai permitir que a lei a diversos assuntos sejam tratados da forma desejada pelas partes tratantes, dando margem a aplicação da lei de mais de uma jurisdição de maneira ampla ao conteúdo convencionado no contrato, podendo ocorrer em mais de um nível, sendo que na primeira forma ocorreria seguindo as regras do sistema internacional privado, onde as partes podem ser reguladas por leis diferentes, ora aplicando-se uma na forma que o contrato será executado, ora se aplicando outra para sua substância e em um segundo nível, a lei aplicada também fará distinção em sua aplicação diversa estabelecendo leis diferentes aplicáveis ao mesmo contrato, porém não em um viés imperativo e puro da regra de Direito Internacional Privado, mas sim determinado pela vontade das partes.

Essa escolha das partes sobre qual lei será aplicada ao contrato, permite que não se limitem apenas a lei de um ordenamento, mas também que de acordo comum mesclam ambas as leis a diferentes partes do contrato, desde que cada qual respeite os limites impostos pelas normas imperativas de seu território. Esse fato se deve a complexidade que um contrato multiconectado apresenta. Exatamente diante dessa complexidade, surge a *depeçage* do contrato, para que diante a limitação da autonomia da vontade de cada qual, todas as partes do contrato sejam abordadas, fracionando o contrato e aplicando a cada um de seus elementos a lei pertinente. (STRENGER, 2001)

A falta de formalização do negócio que se forma com a atividade da empresa, por meio de um contrato, já foi meio para que muitas empresas tivessem prejuízo, de forma a ter que fechar suas portas, enquanto que ao estabelecer um contrato entre ambas as partes negociantes, além de maior segurança diante das leis e cláusulas que regem o contrato, pode-se ainda denunciar em tribunais como CIADI(Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos) Banco Mundial ou o de Haia da ONU, o Estado que não adimplir com suas obrigações contratuais.

3.5 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

Neste estudo, procurou-se demonstrar, através de pesquisas jurisprudenciais encontradas em arquivos do meio eletrônico, se limitando aos julgados de contratos internacionais que ocorreram no Brasil, a esclarecer como são recorrentes os conflitos encontrados nos contratos, mediante legislações concorrentes, de modo que a

complexa elaboração do contrato internacional, contemplaria menos lacunas e obscuridades diante da unificação das regras de direito internacional privados regulando o contrato internacional.

A pesquisa se limitou a alguns julgados que trazem os problemas mais recorrentes conforme as presenças das empresas brasileiras em mercado internacional passam a aumentar seu crescimento, tendo cada vez mais empresas subsidiárias com sede em outros países, o que naturalmente incorre em uma demanda maior de controvérsias entre as partes negociantes.

RECURSO ESPECIAL N.º 804.306/SP, DE RELATORIA DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI : PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL.

Contrato de distribuição no Brasil de produtos fabricados por empresa sediada no Reino Unido. Impropriedade do termo "leis do Reino Unido". Execução de sentença brasileira no exterior. Temas não prequestionados. Súmulas 282 e 356 do STF. Execução contratual essencialmente em território brasileiro. Competência concorrente da Justiça brasileira. Art. 88, inc. II, do CPC. Precedentes.- As alegações não enfrentadas e decididas pelo Tribunal local não podem ser apreciadas pelo STJ, pela ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF.- A autoridade judiciária brasileira tem competência para apreciar ação proposta por representante brasileira de empresa estrangeira, com o objetivo de manutenção do contrato de representação e indenização por gastos efetuados com a distribuição dos produtos.- O cumprimento do contrato de representação deu-se, efetivamente, em território brasileiro; a alegação de que a contraprestação (pagamento) sempre foi feita no exterior não afasta a competência da Justiça brasileira. Recurso especial não conhecido.

Atenta-se a importância dos termos do contrato restarem sempre muito claros, declarando ambas as partes negociantes, mediante a autonomia de vontade que exercem e de acordo com o ordenamento a ser seguido, o foro e competência para dirimir eventuais conflitos a surgir diante a execução do contrato ou cumprimento do mesmo, visto que se trata de uma relação complexa, tende a haver divergência entre as legislações concorrentes e, para tanto, é necessário que haja o mínimo de obscuridade possível e caso venha a ocorrer controvérsias, que procure-se um meio de solução de conflito amigável antes de acionar o judiciário.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 24ª
CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Ementa: "Indenização - Representação Comercial - Contrato Celebrado nos "Eua" - Estipulação no Sentido de que a avença será regida por Lei do Estado Nova York - Lei Estrangeira (...)Eficácia - Aplicação da Lei brasileira - Art. 27, "J" Da Lei 4.886/65 - LICC - Renúncia - Ato Jurídico - Documentos - Vinculação - Princípios - Segurança das Relações Jurídicas Internacionais no Campo do Direito Privado - Previsibilidade - Rescisão - Notificação - Contrato de representação comercial celebrado entre empresa brasileira e estrangeira traduzido para o Português - Cláusula estipulatória prevendo que o contrato será interpretado de acordo com as leis do Estado de Nova York - A declaração de vontade contida no contrato, apenas não terá eficácia no Brasil, quando ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes - O contrato de representação, celebrado em data anterior a Lei nº 8.420/92, ao não firmar situação prevista no art 27 da Lei n/4.886/65, não ofendeu referida excepcionalidade - Sequer havia, ao tempo da celebração, norma equivalente em nossa legislação - Renúncia de direito patrimonial que faz parte da tradição do nosso Direito Civil - Contrato-flueré válido entre as partes embora não assinado por duas testemunhas constituindo-se em início de prova por escrito. - Avença que respeitou os princípios da autonomia da vontade, supremacia da ordem pública e da obrigatoriedade da convenção (pacta sunt servanda). (...) Apreciação da matéria por Tribunal pátrio não exclui aplicação da lei americana do Estado de New York. - Lei que não veio para os autos cuja exibição cabia à autora - Fato notório que a lei americana, em matéria patrimonial, respeita o princípio da autonomia da vontade em matéria de direito internacional.

Afastada afronta à ordem pública internacional, vez que, em face do direito civil, é salutar que as empresas brasileiras e estrangeiras, desde que o objeto do contrato seja lícito, tenham liberdade de contratar. Afronta haveria se o Judiciário brasileiro fosse imprevisível na solução das relações internacionais, mormente quando envolve parceria comercial entre empresas privadas Previsibilidade que se assenta no respeito às normas de direito internacional Efetuada notificação, no prazo legal,

cabível a rescisão - Arts. 9º, 14, 17 e 18 da LICC, 27 da Lei 4.886/65, Lei nº 8.420/92, 135 e 1.058, § único do CCB - Apelo, neste aspecto, improvido.” Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação 7030387800, Rel. Salles Vieira, data do julgamento 18/10/2007, data do registro 06/12/2007.

Com a ocorrência de um contrato internacional, de extrema importância se faz a tradução em ambas as línguas em que o contrato terá sua vigência, sendo um “primeiro passo” essencial para elaboração de um contrato sem obscuridade para ambas as partes e, tão logo, estar sempre atento a falta das condições de validade estabelecidas. Uma vez que há livre vontade das partes de celebrar entre elas um contrato e as mesmas se encontram no instrumento disposta sem ferir a legislação que deva ser seguida, o pacta sunt servanda cumpre com seu papel e está realizada a lei entre as partes, ou seja, o contrato passa a ter validade.

No julgado em questão, foi alegado a invalidade do contrato, uma vez que se configurou o previsto no art.17 da LICC:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Ocorre, que a decisão se perfaz no sentido de que não houve ofensa alguma a soberania nacional, ordem pública e bons costumes, de forma que o objeto do negócio era lícito, o contrato válido e houve consentimento de ambas as partes negociantes, tanto pessoa jurídica americana como brasileira, nos termos da lei.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73.

CONTRATO INTERNACIONAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. ELEIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. VALIDADE. VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. NÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. AFASTADA. 3. FATO DO PRÍNCIPE. EFEITOS SOBRE CONTRATOS PRIVADOS. INADIMPLEMENTO. ROMPIMENTO DO LIAME OBJETIVO. RESTITUIÇÃO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. 4. CONDIÇÃO SUSPENSIVA EXPRESSA. ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RECONHECIDA. NEGÓCIO JURÍDICO SUBORDINADO. INVALIDADE. ART. 116 DO CC/16. 5.

RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO.

1. Não configura violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido expõe, de forma expressa e coerente, os fundamentos adotados como razão de decidir. 2. Em contratos internacionais, é admitida a eleição de legislação aplicável, inclusive no que tange à regulação do prazo prescricional aplicável. Prescrição afastada, in casu, diante da aplicação do prazo previsto na lei contratualmente adotada (lei do Estado de Nova Iorque - Estados Unidos da América). 3. O fato do príncipe, caracterizado como uma imposição de autoridade causadora de dano, de um lado, viabiliza a responsabilização do Estado; e, de outro, rompe o liame necessário entre o resultado danoso e a conduta dos particulares, configurando, em disputas privadas, nítida hipótese de força maior. 4. Assim, reconhecida a absoluta impossibilidade jurídica de cumprimento do contrato entre particulares, devem as partes serem restituídas ao status quo ante. No caso, resolve-se o contrato de cessão e de empréstimo a ele vinculado, devendo os montantes liberados serem restituídos ao Banco e recobrando a construtora os direitos relativos aos créditos cedidos. 5. Constante do contrato cláusula suspensiva, juridicamente impossível, tem-se configurada a específica hipótese de incidência do art. 116 do Código Civil de 1916, vigente à época, e, por consequência, a invalidade dos negócios a ela subordinados. Desse modo, também por essa via, impõe-se a restituição das partes ao status quo ante. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(STJ - Resp.: 1280218 MG 2011/0169279-7, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 21/06/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: De 12/08/2016

Ao que se observa e de modo contrário a jurisprudência anterior estudada, temos aqui um caso de obscuridade de termos no contrato, não tendo elementos necessários legais para que se configurasse a eficácia do contrato realizado diante de uma força maior que veio a ocorrer e impossibilitar o cumprimento da obrigação pelas partes.

Observa-se no citado art. 16 do Código Civil que "A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado."

Desta forma o contrato só poderia produzir efeitos dentro do limite do que as partes poderiam oferecer, causa essa, que por alguma ocorrência de força maior, se tornou impossível e por esse motivo foi realizado o pedido de que ambas as partes que celebraram o negócio jurídico retornassem ao status quo ante.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO INTERNACIONAL. JURISDIÇÃO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. SENTENÇA MANTIDA

1. O Poder Judiciário brasileiro possui competência concorrente para apreciar os contratos internacionais nos quais a obrigação deve ser cumprida em território nacional. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 2. Conforme preceitua o artigo 24, do Código de Processo Civil, a ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta o conhecimento pela autoridade judiciária brasileira da mesma causa. 3. Contudo, nos termos do artigo 25, do mesmo diploma legal, não compete à autoridade judiciária brasileira o processo e julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na Contestação. 4. Apelação conhecida e desprovida.

TJ-DF 20160110571680 DF 0014518-64.2016.8.07.0001, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, Data de Julgamento: 19/10/2017, 8ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 27/10/2017 . Pág.: 347/349

Temos presente no caso apresentado, a observância a autonomia da vontade das partes, que permite que em comum acordo dos negociantes, seja escolhido o foro que irá julgar ações e dirimir conflito e uma vez que consta em cláusula estipulada no contrato a eleição de foro exclusivo, de acordo com os parâmetros legais, não configurando referida escolha por qualquer meio coercitivo, fraudulento ou de má-fé, a mesma deve prevalecer ainda acima do direito de uma outra jurisdição

envolvida de ter conhecimento na mesma causa, como demonstra o citado art. 24 do Código de Processo Civil:

Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Porem no caso em questão há uma exceção a este artigo no mesmo dispositivo legal, que menciona a escolha de clausula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, afastando o artigo anteriormente citado, como fica observado no art. 25 do Código de Processo Civil:

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

Embora ainda haja muitas controvérsias advindas dos contratos internacionais, mediante sua complexidade, há um crescimento significativo das empresas em mercados internacionais, auxiliando na globalização e economia dos países, expandindo as relações comerciais e como consta um quadro benéfico para todos os Estados, a unificação dos direitos internacionais seria a atual solução mais almejada, para facilitar a formação dos contratos, aumentando e flexibilizando as relações internacionais

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato internacional apresenta uma trajetória desde os tempos mais antigos, até os tempos atuais, de forma que vem se aperfeiçoando, permitindo que as relações comerciais se tornem mais seguras juridicamente, possibilitando que haja um crescimento das empresas brasileiras em âmbito internacional, tratando até mesmo do referido contrato, com singularidades, que se diferem em algumas questões dos contratos internos, como seus elementos constitutivos e clausulas que se tornam essenciais no documento.

Estabelecido o que viria a ser um contrato internacional, resta claro que as normas que o mesmo precisa apresentar em seu conteúdo, são complexamente dispostas, necessitando se atentar a escolha das leis aplicáveis nas obrigações internacionais convencionas, o foro que tratará da celebração e execução do mesmo,

as condições de validade que deve apresentar, para por fim poder se formar, de acordo com os princípios que também deve ser observados.

Logo, quando tratamos da depeçage (fracionamento) do contrato internacional nas empresas privadas brasileiras, perceber-se-á, sua complexidade, entre diversas normas que devem ser observadas pelos contratantes ao elaborar o contrato, bem como analisar mais de um sistema jurídico, fato este que seria menos complexo, facilitando as relações comerciais, uma vez que a autonomia da vontade das partes tivessem maior validade de aplicação no Brasil, de forma que uma unificação dos Direitos Privados, seria uma solução plausível para que não houvesse tamanha complexidade e conflitos oriundos dos contratos internacionais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **As cláusulas de força maior e de "hardship" nos contratos internacionais.** In Revista de Direito Mercantil, nº 97. São Paulo: RT, Janeiro/Março 1995, p.77.

GOMES, Orlando. **A "hardship clause" no contrato de empreitada.** In GOMES, Orlando. Novíssimas questões de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1984, p.187.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos. v. 1,** São Paulo: Saraiva, 2002

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio.** São Paulo: RT, 1986, p.225-236.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos.** 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1980.

ARAUJO, Nádia de. **A autonomia da vontade nos contratos internacionais – situação atual no Brasil e no Mercosul.** Revista do Ministério Público, n. 6, 1997.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio.** 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003 . p. 127

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. II, 1973.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa).** In Revista de Direito Público, nº 66. São Paulo: RT, Abril/Junho 1983, p.270.

COSTA, Emiliano Humberto Della. **O processo de execução dos contratos internacionais**. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin . **Anotações sobre a cláusula de hardship e a conservação do contrato internacional** p. 2011,p.183.

GARCEZ, José Maria Rossani apud CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas**. Campinas: Millennium, 2011

DE NARDI, Marcelo. **“A Lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: uma visão brasileira”**

AMARAL, Antônio Carlos et al. **Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo, Lex Editora, 2.^a ed., 2006

EXAME. **Cresce a necessidade de internacionalizar empresas**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/cresce-a-necessidade-de-internacionalizar-empresas/>> Acesso em: 16 de agosto.2019.

GARCEZ, José Maria Rossani; **Contratos internacionais Comerciais: Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais**. 1 ed. São Paulo: Saraiva,1994.

SIQUEIROS, José Luís. **Los Nuevos Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales**. Renovar, 2006.

NOTAS:

[1] Histórico dos Contratos Internacionais de Comércio. Conteúdo Jurídico. Disponível

em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/50144/historico-dos-contratos-internacionais-do-comercio>> Acesso em: 25 de julho.2019.

[2] História do comércio. Estudo prático. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/historia-do-comercio/>> Acesso em: 25 de julho.2019

[3] FUNAG .Intervenções Humanitárias. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/9-teses/1514-das-intervencoes-humanitarias-a-responsabilidade-de-proteger-evolucao-ou-violacao-do-direito-internacional-a-luz-da-carta-das-nacoes-unidas>> Acesso em: 16 de agosto. 2019.

[4] EXAME. Cresce a necessidade de internacionalizar empresas. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/cresce-a-necessidade-de-internacionalizar-empresas/>> Acesso em: 21 de Agosto. 2019.

[5] Publicações Acadêmicas.Uniceub. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4280>> Acessado em: 28 de agosto.2019

A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO E SUA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

MARIA DE LOURDES FERREIRA CHAVES:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus– CEULM/ULBRA – Manaus, AM.

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO¹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o instituto da estabilidade dos servidores público, tema de grande interesse para a comunidade acadêmica jurídica, pois se insere no ramo do direito administrativo. Adotou-se, para o desenvolvimento deste artigo, a metodologia da pesquisa bibliográfica e documental, com o objetivo de discutir se a estabilidade do servidor público é uma regalia nociva ou um instrumento de proteção institucional contra ingerências e perseguições que possam afetar o cumprimento de sua atribuição maior, que é atender ao interesse público.

Palavras-chave: Servidor público. Estabilidade. Princípio da eficiência. Avaliação de desempenho.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve histórico constitucional da estabilidade. 3. O princípio da eficiência. 4. A mitigação da estabilidade pelo princípio da eficiência. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É evidente a insatisfação e a descrença da população com a prestação de serviços pelo setor público, visto que a carga tributária é considerada excessiva em relação à qualidade do serviço público prestado aos contribuintes. Grande evidência desta insatisfação é a busca de parcela significativa da população por alternativas de serviços privados em campos constitucionalmente públicos como saúde, educação e segurança. Quem pode paga por escolas particulares, planos de saúde e moradia em condomínios fechados, incorrendo em duplo custeio com esses itens essenciais à vida moderna: paga-se por eles ao Governo e à iniciativa privada.

A discussão sobre as razões dessa incapacidade de prestação de um serviço público de qualidade é antiga e complexa, passando por diversos argumentos, como a corrupção, paternalismo, burocracia, modelos de gestão obsoletos e etc...

Um dos vilões mais lembrados nesta busca de motivos é a estabilidade do servidor público, vista por muitos como um privilégio injustificável que levaria o servidor a agir com ineficiência e ineficácia, já que nada teria a perder, por ser estável no cargo, somente o perdendo em situações extremas. A tese sustenta-se no princípio que as pessoas somente saem da inércia pela possibilidade de ganho ou perda, assim, nada tendo a perder, o servidor agiria com descaso diante das demandas do cargo.

De outra parte tem-se a estabilidade como uma garantia constitucional que permite ao servidor o cumprimento da lei e do interesse público, sem se sujeitar aos desmandos e ingerências de superiores, nem sempre bem intencionados. Sendo estável, estaria livre para agir de acordo com a lei, independente de receber ordens para contrariá-la, porque não perderia o cargo ao fazê-lo.

Nesta pesquisa busca-se analisar o instituto da estabilidade para clarificar os argumentos prós e contra a sua existência, tendo por pano de fundo o princípio constitucional da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional n. 19/98, chamada de Reforma Administrativa, que o relativiza, na medida em que relaciona o atingimento de metas à manutenção do cargo

A metodologia adotada foi uma pesquisa qualitativa, através de levantamento bibliográfico em diversas fontes como livros, artigos, monografias e sítios governamentais da internet, de forma a aumentar o conhecimento sobre o tema tratado.

Este trabalho está dividido em três partes, sendo a primeira dedicada a um breve histórico constitucional sobre a estabilidade. A segunda parte versará sobre o princípio constitucional da eficiência. A terceira trará a mitigação da estabilidade pelo princípio da eficiência. Da análise de delas, serão extraídas conclusões demonstradas o item quatro deste artigo.

2. BREVE HISTÓRICO CONTITUCIONAL DA ESTABILIDADE

A estabilidade é o direito que o servidor público tem de permanecer no cargo, desde que preenchidos os requisitos legais exigidos. Entrou no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1915, com a publicação da Lei nº 2.294, em seu artigo 125, que dispunha:

***Art. 125.** O funcionario ou empregado publico federal, salvo os funcionarios em comissão, que contar dez ou mais annos de serviço publico federal sem ter soffrido penas no cumprimento de*

seus deveres, só poderá ser destituído do mesmo cargo em virtude de sentença judicial, ou mediante processo administrativo.

Ganhou força constitucional pela primeira vez com a promulgação da Constituição Federal de 1934 que, embora não use o termo explicitamente, previa no artigo 169 a estabilidade após dois anos para funcionários aprovados em concurso público e, após dez anos, para os demais funcionários, os quais apenas perderiam o cargo em virtude de sentença judiciária ou processo administrativo, em que tenha sido assegurada a ampla defesa.

Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Sem grandes novidades, a Constituição de 1937 manteve praticamente o mesmo teor da Constituição de 1934, no que se refere ao Instituto da Estabilidade, em seu artigo 156, alínea c, trazendo em seu texto de forma expressa o instituto da estabilidade.

A Constituição Federal de 1946 trouxe o termo "estável" pela primeira vez, dispondo o artigo 188 da seguinte forma:

Art 188 - São estáveis:

I - depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;

II - depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.

Note-se que nesta Constituição, a estabilidade é prerrogativa do funcionário efetivo, diferenciando-se os concursados dos não concursados pelo tempo necessário ao alcance da estabilidade. Excluíram-se da estabilidade os servidores comissionados de livre nomeação e exoneração.

Ainda na Constituição de 1946, tem-se o parágrafo único do artigo 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias concedendo estabilidade aos servidores

que tivessem participado das forças expedicionárias brasileiras, ou seja, aos que tivessem lutado da Segunda Guerra Mundial.

De uma forma mais restritiva, a Constituição de 1967, em plena ditadura militar, confere o direito da estabilidade apenas aos funcionários públicos nomeados por concurso público, conforme dispõe o artigo 99, "São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso. §1º. Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público." Entretanto, o artigo 177, em seu parágrafo segundo, criou uma regra de transição para os funcionários públicos que tinham cinco anos de serviço público na data da promulgação, conferindo-lhes estabilidade. O artigo 178 manteve a estabilidade para os funcionários públicos que tivessem participado da Força Expedicionária Brasileira. A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 trouxe alterações significativa na Constituição de 1967, mas manteve a estabilidade dos funcionários públicos concursados nos mesmos termos, não mais apresentando a regra de transição.

Vige hoje a Constituição Federal de 1988, que originalmente manteve, no artigo 41, o tratamento dado pela constituição de 1967, prevendo a estabilidade após dois anos de serviço e somente àqueles nomeados por concurso público, diferenciando-se da antecessora apenas quanto à previsão de que a perda do cargo se dê apenas após o trânsito em julgado da sentença. Assim dispunha a redação original do artigo 41:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º - Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º - Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Entretanto, em 1998, a chamada Reforma Administrativa, expressa na Emenda Constitucional número 19, alterou o texto do artigo 41, elevando o tempo para aquisição da estabilidade de dois para três anos:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Além da elevação do tempo para aquisição da estabilidade, percebe-se a introdução de um importante instrumento: a avaliação de desempenho, seja para quem já adquiriu a estabilidade (inciso III do § 1º), ou para a aquisição da estabilidade (§ 4º).

A Constituição Federal de 1988 adotou o mesmo modelo da antecessora ao dispor sobre as regras de transição, no ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que trouxe em seu artigo 19 a estabilidade conferida aos servidores não concursados, também conhecida como estabilidade extraordinária: "*Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no artigo 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.*"

Nesse contexto tem-se a chamada estabilidade ordinária, para os servidores que preencheram todos os requisitos legais para sua aquisição, e a extraordinária daqueles que a adquiriram pelo simples decurso do tempo.

2.1. A estabilidade dos servidores públicos

A estabilidade como já visto é uma garantia constitucional conferida aos servidores de permanecerem no cargo público de provimento efetivo. Entretanto, para que o servidor faça jus a essa garantia, é necessário que seja nomeado após aprovação em concurso público e cumpra 03 (três) anos de efetivo exercício, período este também chamado de estágio probatório, durante o qual passará por uma avaliação de desempenho, que será realizada por uma comissão especialmente designada para este fim. Ao final do período, a comissão deve emitir parecer sobre a habilitação ou não do servidor, que resultará em duas possíveis condutas: aprovação no estágio probatório com a consequente aquisição da estabilidade ou reprovação com a consequente exoneração do cargo. O processo avaliativo subordina-se aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ressalte-se que esta garantia está longe de ser de caráter absoluto e permanente, tendo em vista que o texto constitucional, nos parágrafos do artigo 41, elenca regramentos sobre a perda do cargo público, assim como nos artigos 198, § 6º, e 247. Nesse mesmo enfoque vale citar ainda o parágrafo 4º, do artigo 169, onde expressamente autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a adotarem, como medidas de contenção de despesas com pessoal ativo e inativo, a redução de 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e exoneração dos servidores não estáveis, e, se insuficientes para adequar os gastos dentro dos limites estabelecidos na lei complementar nº 101/2000, (Lei de Responsabilidade Fiscal), a exoneração do servidor estável.

Ao incluir a estabilidade dos servidores no texto constitucional, quis o legislador proteger o servidor de desmando e ingerências que poderiam levá-lo a agir em desacordo com a lei e com o interesse público por medo de perder o meio de subsistência seu e de sua família. Logo, a estabilidade busca, principalmente, proteger o interesse público, tendo por instrumento o servidor.

Entretanto, não faltam servidores que subvertam esta intenção e utilizem-se da estabilidade para se comportarem de forma negligente diante de suas atribuições, o que repercute nocivamente para a categoria de servidores e leva parte da população a acreditar que o problema da ineficiência está no instituto da estabilidade e não na gestão de pessoas do serviço público.

O trabalhador, em regra, responde ao modelo de gestão ao qual está submetido. Se tiver uma gestão leniente, que não distribui tarefas, não cobra resultados e não adota medidas corretivas, tenderá não fazer entregas. E pior, contaminará os demais, porque, mesmo trabalhadores mais conscientes de suas obrigações, perceberão que não vale a pena se esforçar se a gestão não cumpre sua missão. Assim, o que começa com um trabalhador e um gestor problemática, tende a se tornar uma instituição pouco produtiva.

Observa-se que a Constituição Federal atual prevê mecanismos para que o gestor expurgue dos quadros públicos os servidores ineficientes, entretanto, são raros os casos de servidores demitidos por baixa produtividade, do que se depreende que o problema está, inicialmente, no gestor que, por incapacidade ou covardia, deixa de agir diante daquele que não produz as entregas demandadas.

Supondo que a estabilidade fosse eliminada do ordenamento jurídico, possivelmente as exonerações ocorreriam com mais frequência, mas não necessariamente dos maus servidores, visto que o Brasil é foco de intensa corrupção, o que resultaria em efeito colateral de demissão daqueles que se opõe à corrupção e assédio de quem fica para se omitir diante dos maus gestores.

3. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Não se pode falar em Administração Pública sem fazer referência aos seus princípios basilares e fundamentais, expressos na Constituição Federal, no artigo 37, que originalmente previa apenas quatro: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade, e, posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, foi inserido nesse rol o Princípio da Eficiência, decorrente do projeto de reforma do aparelho estatal, que adotou o modelo de administração pública gerencial, voltada para um controle de resultados na atuação estatal.

Embora seja presumível que todas as instituições são criadas para atuar de modo eficiente, não é demais positivar este dever, de modo que todos tenham ciência inequívoca dele. Assim, no Brasil, o principal diploma legal a prever uma atuação eficiente, além da Constituição Federal de 1988, é o Decreto-Lei 200/1967 que, apesar da idade e da época de sua edição, continua vigente e atual. Em várias partes do Decreto têm-se referências à necessidade de uma conduta eficiente, conforme consta nos artigos 26, 27, 30, 100 e 116. O artigo 100 merece destaque especial porque já previa a possibilidade de demissão por ineficiência apurada no desempenho de seus encargos:

Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente

ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

Como se observa, mesmo antes da EC n. 19/98, o gestor público já dispunha de base legal para demissão do servidor estável por ineficiência.

Assim, a constitucionalização do princípio da eficiência apenas elevou este dever ao patamar máximo legal, conferindo-lhe maior visibilidade, para que o cidadão exercesse seu controle sobre a administração pública. Sobre a Emenda Constitucional nº 19/98, diz José dos Santos Carvalho Filho *"Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos seus prestadores"*.

Ressalte-se que a Emenda Constitucional n. 19/98 alterou, também, vários outros dispositivos constitucionais relacionados ao funcionamento da administração pública, entretanto, este trabalho ficará adstrito ao tema. Dentre eles tem-se o artigo 41 da Constituição Federal, que sofreu alteração, disciplinando situações em que o princípio da eficiência será aplicado como forma de controle das atividades administrativas exercidas pelos servidores públicos, visto que impõe a avaliação periódica de desempenho ao servidor estável e prevê a penalidade de perda do cargo por desempenho insatisfatório, como forma de garantir uma conduta eficiente do servidor.

Não é sem razão que o princípio da Eficiência foi denominado no projeto da emenda de *"qualidade do serviço prestado"*, pois serve como uma forma de aferição dos serviços prestados pelos servidores ocupantes de cargo público, por parte da sociedade contra falhas, omissões e irregularidades cometidas por eles, fortalecendo o controle social.

4. A MITIGAÇÃO DA ESTABILIDADE PELO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Conforme já demonstrado, a estabilidade não é uma garantia constitucional absoluta para beneficiar os servidores públicos, mas tem natureza relativa, prestando-se a garantir ao servidor o direito de ter sua conduta balizada pela lei e pelo interesse público, livre de intervenções com objetivos escusos e pouco republicanos.

Sob esta ótica a estabilidade tem no princípio da eficiência seu principal balizador, que atua mitigando esta garantia, na medida em um servidor ineficiente não pode se albergar sob o manto da estabilidade para fugir de seus deveres

funcionais. A partir de sistema de avaliação periódica estruturado, pode ser apurada a ineficiência que resultará na perda do cargo público, a qualquer tempo.

Além disso, o servidor aprovado em concurso também precisa provar, durante três anos, que possui capacidade para ocupar o cargo no qual foi empossado, adotando-se dentre os fatores avaliativos de sua atuação: assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. Observando-se, em avaliação de desempenho, sua ineficiência, será ele inabilitado no estágio probatório e excluído do cargo.

Evidentemente, o sistema de avaliação precisa ser claro, objetivo e imparcial e as partes envolvidas precisam ter maturidade para conduzi-lo, visto que o manuseio errado pode gerar injustiças, ao efetivar ou demitir um servidor. Assim, tem-se que a gestão da instituição precisa estar preparada para o gerenciamento de pessoas, visto que estas, regra geral, seguem o modelo no qual estão inseridas e cabe ao gestor a supervisão constante de suas condutas, distribuindo tarefas, cobrando resultados e adotando as medidas corretivas intermediárias, de modo a azeitar o funcionamento da máquina administrativa.

Dessa forma, pode-se inferir que ambas as avaliações são importantes ferramentas de aprimoramento dos recursos humanos da Administração Pública, na medida em que os resultados de cada ciclo deve resultar no aprimoramento do servidor, pela realização de um plano de capacitação individualizado.

Neste contexto de aprimoramento, muitos órgãos utilizam o modelo avaliativo da gestão por competências com utilização de múltiplas fontes avaliativas, ou seja, o servidor se autoavalia, é avaliado pelo superior hierárquico e por seus pares, consolidando-se o resultado em um conceito que demonstra a eficiência ou não do servidor. Neste modelo, busca-se evitar injustiças pela percepção equivocada de uma só fonte avaliadora.

Ressalte-se que para a efetiva aplicação das sanções oriundas de ambas as avaliações de desempenho, devem ser respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

5. CONCLUSÃO

O estudo do instituto da estabilidade, conforme evidenciado neste trabalho, demonstrou que ele passou por várias fases ao longo da história legislativa brasileira, até alcançar o status constitucional, como se vê hoje.

Embora seja comum que parcela da população atribua à estabilidade a culpa pela baixa qualidade do serviço público, a simples eliminação da estabilidade poderia

se tornar uma arma a favor de gestores mal intencionados, porque tiraria dos servidores públicos uma importante proteção para se insurgir contra quem tente forçá-los a atuar contra a lei ou o interesse público, ameaçando-o com a perda do cargo público.

A intenção do legislador ao instituir a estabilidade foi conferir ao servidor uma proteção contra desmandos e ingerências, possibilitando-lhe recusar-se a cumprir ordens ilegais e que não sejam pautadas pelos princípios que regem a administração pública. Ao conferir a proteção, o legislador quis, de fato, proteger o interesse público, utilizando o servidor como instrumento para isso.

Ainda assim, é razoável inferir que existem servidores sem compromisso com o serviço público, o que necessita ser corrigido pontualmente, inclusive com a exoneração ou demissão. Para isso, existem instrumentos legais previstos desde 1967, visto que o Decreto-Lei 100/200, no artigo 100, ainda em vigor, já previa a perda do cargo por servidor comprovadamente ineficiente, por processo administrativo, de modo que servidores ineficientes já poderiam ser desligados de seus cargos.

Ao inserir o princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 19/98, o legislador alçou ao nível constitucional a possibilidade de o servidor perder o cargo público por meio de processo administrativo, respeitado o contraditório e a ampla defesa, que demonstre ser ele ineficiente. Talvez a parte mais significativa desta Emenda tenha sido eleger o instrumento da avaliação periódica como forma de aferir a eficiência do servidor estável.

Neste contexto, é razoável presumir que a existência de servidores ineficientes deve-se a modelos de gestão ineficazes, que adotam sistemas de avaliações de desempenho inadequados, incapazes de aferir corretamente quem é pouco produtivo, bem como a não adoção das medidas corretivas necessárias, inclusive perda do cargo.

Como se vê, a estabilidade do servidor público não é absoluta, mas mitigada pelo princípio da eficiência, na medida em que esta eleger a avaliação de desempenho como forma de efetivação do servidor no cargo, durante o estágio probatório, e como forma de mensuração de sua eficiência para manutenção deste cargo, mesmo quando estável, ao longo da vida funcional, evidenciando que os servidores ineficientes e sem compromisso com seus encargos podem sim perdê-los por iniciativa de seus gestores em processo administrativo.

No caso do servidor ineficiente em suas atividades, a solução se dá com efetiva fiscalização da administração, com procedimentos de capacitação, realocação profissional ou até mesmo por penalidades mais sérias como demissão ou exoneração, assegurando a este a devida defesa.

É notório que estabilidade dos servidores públicos concursados não é um privilégio e tampouco gera ineficiência ou onera o serviço público, pois seu objetivo primordial é evitar que essa classe de trabalhadores sofra represálias, ou mesmo demissão, sempre que houver troca de governantes, por simples capricho.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 23ª edição rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 18 abril. 2020.

BRASIL. Planalto. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em 18 abril. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 11.784 de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11784.htm. Acesso em 18 abril. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Parecer (SF) nº31 de 2019 da Comissão de Assuntos Sociais sobre o Projeto de Lei do Senado nº116 de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7978560&ts=1562787778985&disposition=inline>. Acesso em 17 abril. 2020.

CAMPOS, Hugo Leonardo. Avaliação de desempenho dos servidores públicos federais sob a ótica do princípio da eficiência. . 2017. 22p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito), Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 6ª edição. Bahia. JusPODIVM. 2019.

CHIAVENATO, Idalberto. Gestão de Pessoas. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 32ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

HENEMANN, Julia Seolino; GONÇALVES, Guilherme Corrêa. Avaliação de desempenho: desafios e dificuldades na utilização da ferramenta no setor público. XXXVIII Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA NA FAMÍLIA MODERNA

LUCIMARA ANDREIA MOREIRA RADDATZ:

Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos Pela UFT/Esmat; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UniRitter; Graduada em Direito pela URCAMP. Professora Assistente do Curso de Direito da UFT – Palmas -TO

GABRIÉLI ARAÚJO MOREIRA[1]

(coautor)

RESUMO: Este estudo trata sobre a socioafetividade e a sua eficácia no mundo jurídico em relação aos que são beneficiados. Analisa os benefícios e prejuízos causados quando é ou não utilizado e a sua relação com o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil. Estuda os reflexos jurídicos em relação a dignidade humana e relaciona os resultados de sua utilização de acordo com os benefícios trazidos. Este estudo se justifica pela nova caracterização das famílias brasileiras e a forma como se estruturam, trazendo a esta nova realidade um patamar jurídico em relação ao parentesco socioafetivo e o biológico. O seu objetivo de forma mais ampla é demonstrar que as relações humanas mudam de acordo com o tempo e que o sistema jurídico deve se adequar ao caso concreto, tratando com isonomia cada relação socioafetiva ou multiparental pensando no melhor para criança. O presente estudo tem o escopo de trazer a tona com base na doutrina, legislação e jurisprudência a forma como são vistos os novos modelos de família existentes nos tempos atuais e como o Direito se modifica ao se deparar com essa questão, colocando em primeiro lugar o bem estar da criança que na maioria das vezes se vê um tanto confusa em meio a essa pluralidade de pessoas que adentram em sua vida. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando a legislação pátria, estudo de artigos científicos, bem como fazer um comparativo de doutrinas a fim de concluir o estudo, com amparo da jurisprudência vigente, sobre as decisões que veem sido emanadas pelos tribunais.

Palavras-chave: Socioafetividade – multiparentalidade – isonomia – dignidade da pessoa humana

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O que é a socioafetividade e como ela se desenvolve na vida da criança; 3. A base jurídica da socioafetividade; 4. A diferença entre socioafetividade e multiparentalidade; 5. Considerações Finais; 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

A socioafetividade ainda vem crescendo no mundo jurídico, e não é muito conhecida socialmente, seu conceito promete trazer benefícios aos mais diferentes tipos de famílias, demonstrando com isso a importância social deste tema. Quando uma criança tem em sua família um padrasto/madrasta, tio ou tia que o cria como filho, essa relação merece ser vista dessa forma, assim a socioafetividade traz para o mundo jurídico o que já existe na vida real. O dever de criar, cuidar, educar já existe, apenas não era conceituado, agora com a possibilidade de incluir o nome de um parente socioafetivo na certidão de nascimento, vem junto a segurança afetiva de que aquela pessoa faz parte definitiva de sua vida.

Assegurar a criança o direito de ter em sua certidão a pessoa que definitivamente o cria mostra que a justiça consegue se adequar as mais diversas relações, tratando com isonomia cada caso, assim, juridicamente a socioafetividade pode garantir a dignidade da pessoa humana, tratando as relações afetivas até mesmo mais importantes que as biológicas e assegurando que a socioafetividade ou a multiparentalidade sejam uma real possibilidade.

Notadamente foram proferidos várias decisões em torno do tema, as quais mudaram o modo como a sociedade entendia o modelo familiar tradicional, que envolve pai e mãe biológicos para um entendimento mais amplo do conceito de família que envolve a figura do padrasto e da madrasta, já que durante a convivência com a criança, acabam por criar laços de afinidade e afeto. Dessa forma, gera uma vontade, pelo parente socioafetivo, de proporcionar mais segurança jurídica, fazendo uso da possibilidade de poder registrar a criança, mesmo existindo registro do parente biológico, de acordo com a nova legislação.

O presente artigo estuda a importância jurídica da socioafetividade nas famílias modernas, como ela é vista nos julgados em relação ao parentesco biológico e a multiparentalidade. Considerou-se para análise doutrinas referentes ao direito de família, legislação nacional como o novo Código Civil e a Constituição Federal, para relacionar a socioafetividade com a dignidade humana e a isonomia, assim como entender como funciona a sua aplicação jurídica.

As hipóteses abordadas foram baseadas na necessidade de comprovar a socioafetividade juridicamente, os benefícios que traria para a vida familiar e como estavam sendo julgados esses pedidos, podendo assim analisar se há mais benefícios ou prejuízos para este novo direito.

2. O QUE É A SOCIOAFETIVIDADE E COMO ELA SE DESENVOLVE NA VIDA DA CRIANÇA.

O afeto é uma das bases sociais de uma família, uma união entre duas pessoas inicia através do afeto que uma sente pela outra, basicamente, sem afeto não existe união, não se cria laços, sem afeto não se inicia uma família, e com este pensamento, foi-se trabalhando no mundo jurídico como resguardar uma criança e ao mesmo tempo não impedi-la do afeto de um novo ciclo familiar em sua vida, como por exemplo o de um padrasto/madrasta. Os vínculos eram muito mais pessoais do que jurídicos, criava-se o filho de outra pessoa como se seu fosse e nada mais, sem direitos jurídicos. O fato de um padrasto/madrasta ter uma relação como se filho fosse nada ajudava a criança a receber, por exemplo, uma herança, ou ter direito ao plano de saúde, ela era na vida do parente socioafetivo, apenas um "parente distante".

Acerca do conceito de afetividade, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

[...] a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada (MALUF, 2012. p. 18).

Por força da legislação, não era permitido que um padrasto ou madrastra, participasse da vida de seu enteado no plano jurídico, ele poderia participar da criação, vida, necessidades financeiras, mas nada dava direito a ter uma relação de parentalidade com a criança. Seria apenas o padrasto/madrasta para o resto da vida ou enquanto durasse a relação. O ordenamento jurídico brasileiro evoluiu muito nesse quesito, pensando no bem da criança e no quanto algumas mudanças poderiam beneficiá-la de maneira satisfatória.

Esse entendimento foi objeto de estudo de João Batista Villela que com muita propriedade discorre que:

A consanguinidade tem, de fato, e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e

no serviço do que na procedência do sêmen (VILLELA, 1997. p. 85).

Muitas vezes, quando há uma separação entre os pais, nem sempre a figura dos dois permanece na vida da criança, que normalmente fica apenas com um deles, portanto com a falta de um dos pais, o outro ao entrar em um novo relacionamento acaba construindo para este filho um novo vínculo afetivo, que em muitos casos se torna o único. Para a criança, pode surgir uma confusão, já que uma pessoa que faz o papel de pai/mãe, mas não tem esse nome. Como seria explicar a esta criança o que esta nova pessoa significa em sua vida? Se torna ainda mais preocupante quando no relacionamento a mãe se casa e tem um novo filho com o padrasto por exemplo, tendo assim todos sobrenomes diferentes do filho do outro casamento. Pode parecer algo sem importância, mas que na vida de uma criança afeta drasticamente o seu pensar (SANTOS, 2014)

Com estes acontecimentos, vimos surgir juridicamente a figura da socioafetividade, que segundo Suzigan (2015) nada mais é que a filiação pelo afeto, ou seja, a verdade aparente. Nada de envoltimentos biológico, sem sangue do sangue, apenas carinho, afeição, relacionamento diário, ajuda financeira, o entendimento por quem os vê, como uma família.

Welter, ao discorrer acerca do tema, ensina:

Filiação afetiva pode também ocorrer naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção, denominado filho de criação, (des)velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, "cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto". (WELTER, 2002, p. 133).

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.596 definiu o que seria filiação e proibiu qualquer distinção entre filhos dentro e fora do casamento ou adotados, "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (BRASIL, 2002). Já o artigo 1.593 também do Código Civil, explicou que o parentesco natural poderia resultar por outra forma que não fosse a consanguinidade, surgindo assim o parentesco por afinidade.

No entanto, somente era possível algum registro da criança com o nome do seu parente socioafetivo com a adoção, o que acabava com o vínculo anterior da criança, surgindo assim uma nova certidão, outra identidade e apagava o que antes

existia. Esse choque jurídico nem sempre era bem visto pela parte que perdia seus direitos sobre o filho, o que acontecia sem observar os devidos tramites legais pela parte interessada em fazer a alteração, ou seja, a guardiã da criança (LEI Nº 12.010/2009.).

§ 4o O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.” (NR)

§ 3o A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.

§ 4o Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

Cassettari em sua obra discorre sobre as alterações da perspectiva sobre a criança que passou a ser protegida e transformada efetivamente em sujeito de direito:

A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou a criança em sujeito de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos filhos havidos por adoção. (CASSETTARI, 2015, P. 15).

Pensando nos benefícios para a criança, entendimentos foram surgindo, precedentes foram abertos, e com o tempo foi-se criando uma leva de processos no judiciário onde um parente socioafetivo queria entrar na vida da criança de forma permanente, sem excluir o vínculo biológico. Embora tenha sido constatado uma certa dificuldade, foi-se permitindo uma entrada mais vigorosa de um terceiro registro na certidão de crianças que mantinham um vínculo afetivo, no início, apenas o judiciário autorizava uma mudança na certidão de nascimento. Mas no ano de 2017, um novo provimento do CNJ número 63/2017 instituiu novos modelos nacionais para as certidões de registro civis a qual estabelece considerando a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva,

contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como a fundamentação da filiação civil (CNJ,2017)

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

[...]

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação. (BRASIL, CNJ 63/17).

Ramos ao explicar o conceito o princípio da dignidade a pessoa humana, descreve como “[...] primeiro artigo da nossa Carta Magna (art. 1º, III, CRFB/1988)19 e é a base do Estado Democrático de Direito. Não há de se pensar em direito sem associar ao conceito da dignidade da pessoa humana.”

Hoje em dia é possível alterar a certidão de nascimento, no registro civil das pessoas naturais, de forma simples, acrescentando o nome do parente socioafetivo sem retirar o biológico. Este novo procedimento traz uma facilidade imensa para quem antes deveria acionar o judiciário e esperar um tempo consideravelmente longo para tornar possível a alteração na certidão. No provimento do CNJ, alguns detalhes devem ser levados em consideração, como a idade mínima para tal, que deverá ser de 18 anos, assim como a diferença etária entre o parente socioafetivo e a criança que deverá ser de no mínimo 16 anos. Também deve ser analisada a idade da criança que após os 12 anos deve consentir com a alteração. Esses detalhes auxiliam para garantir a melhor proteção da criança, já que a filiação socioafetiva é irrevogável (Lei nº 11.924, 2009).

Ressalta-se que quando a criança mantém o vínculo com a parte biológica a qual não ficou com a sua guarda, seguindo sua rotina diária, com visitas frequentes, auxílio moral e material, não fica tão afetada com a separação, e o novo parente socioafetivo acaba virando algo a mais em sua vida, auxiliando na sua vida como um suporte aquele que não está mais presente diariamente, mesmo assim todos ao seu redor sabem quem realmente é seu pai/mãe, é conhecido de todos que aquela pessoa é o padrasto/madrasta, mas em muitos casos acontece da criança perder

totalmente o vínculo com aquele que não ficou com sua guarda por vários motivos, ou a pessoa desiste da família, ou vai morar em outra cidade ou país, só visita a criança em finais de semana intercalados, vários fatos acabam atrapalhando a relação e assim, quando o guardião inicia um novo relacionamento, este parceiro acaba fazendo a parte do que foi embora, e para a sociedade em geral aquela pessoa acaba virando pai/mãe daquela criança, pois é o único visto com ela diariamente (MAGALHÃES, 2012, p. 87 a 90).

Esta forma de parentalidade, hoje em dia muito normal, acabou virando assunto no judiciário, pois com o fato da criança estar com alguém que cuida dela como se pai/mãe fosse mas que por nada pode responder legalmente e, não tem o vínculo jurídico que gostaria de ter com a criança que por muitas vezes chama de filho, foi-se determinando um direito a estas pessoas, auxiliando assim a criança ter um vínculo formal com aquele que a cria, neste contexto, segundo Lôbo:

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana (LÔBO apud FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 58).

O comprometimento com a criança deve ser o principal fator para se estabelecer o vínculo afetivo, o novo parente afetivo deve ter a consciência de que entrará na vida daquela criança para sempre, tanto no plano jurídico como no afetivo, não será algo que acabará quando o relacionamento com o cônjuge cessar, é algo para a vida inteira (GODOY, 2018)

Neste sentido, Dias comenta:

Trata-se de um ato voluntário, que gera os deveres decorrentes do Poder Familiar. Embora o valor do liame registral, hoje, seja inferior ao valor do liame socioafetivo, ainda é a principal fonte de direitos e deveres: gera dever de alimentos e de mútua assistência, alicerça o direito sucessório e as limitações legais que regulam atos jurídicos entre ascendente e descendentes.(DIAS, 2008, p. 332).

Desta forma, resta claro o entendimento que mesmo após a cessação do casamento, ou da união estável com o parceiro guardião da criança, os laços, tanto afetivos como financeiros com a criança não serão desfeitos, a obrigação de manter aquela criança com deverá ser eterna, assim como a obrigação da criança em cuidar

o parente socioafetivo depois na sua velhice quando não puder mais se manter por conta própria. A reciprocidade no tratamento se faz igual ao que seria se biológico fosse, dessa forma infere-se que o parentesco socioafetivo gera todos os efeitos como se natural fosse. (BARBOSA, 2013, p. 13 a 14)

Essa proteção jurídica a que se refere anteriormente, foi trazida com o advento da Constituição Federal de 1988 a qual ao afirmar que todos os filhos são iguais não importando sua origem, definiu que se registrado por um parente socioafetivo como se filho fosse, nada mais poderia intervir neste vínculo, tornando assim eterno e com todos os direitos como se biológico fosse (CF/88)

Antes da Constituição Federal de 1988 os filhos havidos fora do casamento não tinham os mesmos direitos que os de pais casados, eles eram vistos de duas formas, filhos legítimos e ilegítimos, os legítimos, eram aqueles advindos do casamento e o ilegítimos eram os filhos havidos fora do casamento, mesmo que de uma união estável (BASSO, 2018).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, descreve a nova abordagem do direito acerca das relações, com base no interesse da criança:

[...]com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente, o direito à convivência familiar. (GAMA, 2008. p. 348.)

Por isso a forma como vemos hoje a criança é bem diferente de antes de 1988, pois hoje, é proibida qualquer distinção entre os filhos ainda que provindos de uma traição, adotados, de união estável, do casamento, etc. As diferenciações agora relacionadas aos filhos são apenas decorrentes da consanguinidade, fato este que segundo Tavares:

[...] é natural se decorrente apenas da consanguinidade; pai e filho são parentes naturais; seu parentesco foi criado pela própria natureza, através do sangue. O parentesco civil é aquele que tem outra origem, como antes visto, no qual se enquadra o instituto da adoção. Pai e filho adotivo são parentes civis; a relação jurídica que os vincula é produto exclusivo da lei, que procura imitar a natureza. (Tavares 2012, p. 421).

Portanto, o parentesco socioafetivo seria um parentesco civil no direito de família, pois nada tem a ver com consanguinidade e afetividade entre as partes,

delimitando civilmente mas nunca excluindo algum direito da criança, que será tratada tanto pelo parente socioafetivo como pela sociedade e pelo mundo jurídico como se filho fosse, com a proibição de qualquer distinção como explica Carlos Roberto Gonçalves (2012, p 17), no que diz respeito a vida da pessoa humana, o direito de família é o que se encontra mais incorporado, pois durante a vida constituem-se núcleos familiares, os quais perduram por toda a vida.

O direito de família como o nome diz, se baseia no instituto familiar, com a intenção de regular os direitos e estabelecer normas de convivência, a importância do direito de família com a criança está principalmente nas relações entre o relacionamento parental, onde sempre é visto o que será melhor para a criança como indivíduo de direitos que é (CC, art. 1.511 a 1.638).

3. A BASE JURÍDICA DA SOCIOAFETIVIDADE

A socioafetividade existe há muito tempo, pois a base para sua existência não é jurídica e sim emocional, no entanto, a sua juridicidade começou a ser questionada nas doutrinas ao analisar como enquadrar um relacionamento entre pais e filhos não biológicos. Surgiram muitas dúvidas se existiria uma prevalência da paternidade biológica em relação a socioafetiva e neste contexto, Almeida explica:

A questão da paternidade afetiva tem sido objeto de discussão nas ações negatórias de paternidade. Formada quer pela vontade do pai, quer por situação fática, não pode a paternidade afetiva ser desconsiderada e rompido o vínculo parental que ela criou.(ALMEIDA, José 2008, p. 179)

Qual seria a forma correta de lidar com essa estrutura familiar, quais direitos e deveres teriam essas pessoas em relação aos seus filhos, existiria uma inferioridade neste conceito de família, teriam menos direitos do que um pai ou mãe biológicos? Muitas perguntas foram surgindo e com isso as doutrinas foram esclarecendo como a socioafetividade influencia a vida de todos que se envolvem numa nova estrutura familiar, assim, explica Rui Geraldo Camargo Viana que deve ser analisado o melhor interesse para a criança e que se assim for considerada que a paternidade afetiva resta mais interessante ao bem estar da criança, esta deve prevalecer até mesmo em detrimento da biológica em respeito a dignidade da pessoa humana, como discorre Viana:.

Não obstante isso, por força da mesma norma e em nome do melhor interesse da criança, dúvidas não pairam que deve prevalecer a paternidade afetiva até mesmo em detrimento da biológica, sempre que a primeira se revelar o meio mais

adequado de realização dos direitos constitucionais assegurados à pessoa humana. (VIANA, Rui 2010. p. 495-496)

Assim, foi-se criando um novo estudo sobre a socioafetividade, com sua base na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 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 [...]”. Neste sentido, levamos em consideração o princípio da isonomia, não diferenciando pais biológicos de pais afetivos.

O aspecto afetivo do relacionamento entre pai e filho está relacionado não só com a consanguinidade, o fato de ser sangue do sangue não quer dizer que tenha afeto, muitas vezes inclusive a falta de afeto é uma das causas da criança ser retirada da família biológica e fique sob a guarda do governo sendo então colocada num lar adotivo onde encontrará o carinho que necessita, neste caso, com a destituição do poder familiar biológico, nada se fala sobre socioafetividade ou multiparentalidade. Surge para a família adotiva um novo início com aquela criança que quando crescer, pode querer conhecer sua família biológica não perdendo o vínculo afetivo com os pais adotantes, neste sentido Christiano explica que:

[...] tal direito tenha que ser de mão dupla, haja vista que reconhecê-lo somente aos filhos seria dar uma interpretação inconstitucional ao instituto, em decorrência do princípio da isonomia, consagrado como uma garantia fundamental [...] Se todos são iguais perante a lei, não podemos fazer distinção entre pais e filhos, tentando valorar a importância do afeto para um ou outro, já que existe importância desse valor jurídico para ambos. Não podemos esquecer que o direito à igualdade é uma garantia fundamental, prevista em cláusula pétrea, e que qualquer interpretação contrária a isso afrontaria nossa Constituição Federal. (CASSETTARI, Christiano, 2015 p. 17-18).

O princípio da dignidade da pessoa humana, qualidade que sempre esteve presente nas pessoas e é um princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, garante o valor moral no sentido de que se deve sempre garantir o melhor para a criança. As normas devem ser interpretadas em conjunto de forma que a Constituição Federal seja basilar aos dispositivos infraconstitucionais, principalmente no tocante às garantias fundamentais. Cassettari discorre sobre o tema:

Com isso, verifica-se serem plenamente aplicáveis ao Direito Privado as regras constitucionais, e, em especial, as garantias fundamentais. Por esses motivos, em razão da constitucionalização do Direito Civil, temos que interpretar o Código Civil à luz da Constituição Federal. No Direito de Família isso não é diferente, pois uma de suas consequências é verificar que o conceito de família é plural, não existindo entre as várias formas existentes nenhum tipo de hierarquia, pois todas são amparadas pela Carta Magna (CASSETTARI, 2015, p. 18).

Ainda que as normas originárias acerca de filiação estivessem previstas no Código Civil, em razão dos princípios e garantias constitucionais inerentes às pessoas, a sua ampliação foi sendo necessária para atendimento das novas conjecturas familiares e um novo prisma de proteção foi sendo vislumbrado e acolhido pela doutrina e pelo Judiciário (SANTANA, 2015)

O Superior Tribunal de Justiça em decisão de caso que envolveu o reconhecimento da tese da parentalidade socioafetiva, embasou na necessidade da aplicação do princípio da dignidade humana como base jurídica da socioafetividade, consoante a ementa de negatória de paternidade onde foi reconhecida a “adoção brasileira”, reconhecendo que este tipo de adoção se encontra à margem do ordenamento, foi reconhecido que a socioafetividade existente entre pai e filho, que foi registrado, não poderia ser desfeito por motivo qualquer como esclarece a jurisprudência “vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora”

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A chamada "adoção à brasileira", muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora. 2. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só

tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 3. No caso, ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. De tudo que consta nas decisões anteriormente proferidas, deduz-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre na origem, por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas. 4. Com efeito, tal providência ofende, na letra e no espírito, o art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual não se pode "vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro", do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. Se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 5. A manutenção do registro de nascimento não retira da criança o direito de buscar sua identidade biológica e de ter, em seus assentos civis, o nome do verdadeiro pai. É sempre possível o desfazimento da adoção à brasileira mesmo nos casos de vínculo socioafetivo, se assim decidir o menor por ocasião da maioridade; assim como não decai seu direito de buscar a identidade biológica em qualquer caso, mesmo na hipótese de adoção regular. Precedentes. 6. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1352529 SP 2012/0211809-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/02/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2015).

Note-se que no entendimento expresso no julgado o interesse do menor é nitidamente preservado sob a proteção dos direitos fundamentais, inclusive se assim o entender, poderá postular o reconhecimento ao pai biológico em sua maioridade.

Com essa nova visão ampla da parentalidade, podemos afirmar que a família moderna possui amparo nos princípios constitucionais, entre eles o da solidariedade, contido no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, que fundamenta a existência da afetividade em seu conceito e existência concede à família uma função social importante, que é a de valorizar o ser humano (CF/88)

Pode-se consignar que os princípios constitucionais são a base jurídica da nova interpretação sistemática das normas que abarcam os conceitos e reconhecimentos da importância jurídica da socioafetividade e o reconhecimento jurídico dela para o favorecimento das relações humanas nos novos contextos familiares.

4. A DIFERENÇA ENTRE SOCIOAFETIVIDADE E MULTIPARENTALIDADE.

Antigamente, a adoção era feita de forma irregular, pessoas que queriam adotar procuravam famílias que não tinham condições de criar seus filhos, assim, ofereciam uma vida estável para aquela criança e muitas vezes conseguiam levá-la, então, depois de um tempo, registravam como se filho fosse, as vezes até sem saber da irregularidade, a pessoa acabava realizando uma fraude e adotando a criança de forma ilegal. A falta de informação e a burocracia faziam com que a tentativa de adotar legalmente durasse anos ou até mesmo nunca se realizasse, por isso, que no passado era comum adotar crianças diretamente dos pais (MENEZES, 2008, p. 10).

Dias conceitua a parentalidade socioafetiva:

Diante do atual conceito de parentalidade socioafetiva, imperioso admitir a possibilidade de coexistência da filiação biológica e da filiação construída pelo afeto. E não há outro modo de melhor contemplar a realidade da vida do que abrir caminho para o reconhecimento da multiparentalidade. Afinal, não há como negar que alguém possa ter mais de dois pais (DIAS, 2010, p. 310).

Conhecida como "adoção à brasileira", as certidões de crianças recém-nascidas ou de demais idades eram feitas como se "filhos fossem" com parentes ou conhecidos sem vínculo sanguíneo. A falta de documentação se estendia pela extrema burocracia a qual os casos eram submetidos, não era permitido uma adoção para uma pessoa da escolha dos pais por exemplo, antes deveria ser tentada uma

quantidade imensa de chances de a criança permanecer junto a família ainda que com pessoas mais distantes, ou seguir com os pais biológicos. Portanto, a socioafetividade já existe a um tempo bem considerável, só não era vista da forma como se encontra hoje.

Nascimento explica que tais fatores que geram esse tipo de adoção são:

Antes de falar instituto da adoção à brasileira, se faz necessário entender os principais fatores que levam a prática deste tipo de adoção. Onde há três fatores relevantes para essa prática, que são: o desejo da constituição da entidade familiar, o abandono de crianças e adolescentes e o laço afetivo. Partindo dessas premissas começaremos a entender a prática da adoção à brasileira pela sociedade (NASCIMENTO, 2018).

Com o advento da Lei 4655/65, iniciou-se a chamada “legitimação adotiva” onde foi estipulado em seu parágrafo primeiro, a permissão de adoção de crianças cujos pais fossem desconhecidos, ou tivessem declarado por escrito a intenção de “poder ser dado”, assim também, como o maior de 7 anos desde que já estivesse na guarda de quem os queria adotar. Assim, para que pudessem adotar, cujos pais não tivessem mais o poder familiar. A criança não tenha sido reclamada por algum parente por mais de um ano, ou fosse filho reconhecido apenas pela mãe e que esta não o tenha condições de criar. As pessoas referidas nesta lei, para que pudessem adotar, deveriam ter no mínimo 5 anos de casamento e mais de 30 anos de idade, sem filhos. O tempo do casamento poderia ser dispensado se um dos companheiros fosse estéril, comprovado o fato por perícia médica, e mantivessem estabilidade conjugal (BRASIL, LEI 4.655/65).

Em 2012 em julgamento de Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se acerca do tema onde a socioafetividade foi entendida como uma possibilidade quando favorecer aos filhos, sobrepondo inclusive a paternidade biológica. No caso concreto deste REsp, foi ao contrário, o pedido ocorreu por um filho que havia tido sua paternidade estabelecida por socioafetividade, porém tinha o interesse em reconhecimento do pai biológico, o que foi possibilitado.

Em voto o Ministro Luis Felipe Salomão emanou o seguinte entendimento, “A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto”. Nesse sentido o julgador deve observar o ambiente que a criança vive, se há a presença mesmo que pouca e se essa presença tem efeitos relevantes sobre a formação da personalidade dela.

Ao passo que a relação da criança e o parente socioafetivo em nada divergir de um relacionamento entre pai e filho biológico, o julgador fazer com que a paternidade socioafetiva prevaleça sobre a biológica para fim de garantir o princípio da do melhor interesse da prole. Ainda sobre o entendimento de Salomão, “A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada ‘adoção à brasileira’, independente da nobreza dos desígnios que a motivaram” (REsp 1167993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; 4a Turma do STJ, j. 18.12.2012 e DJe 15.3.2013).

Em outro caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a socioafetividade foi predominante e sobrepôs ao vínculo biológico, pois foi observado que nas palavras da relatora Ministra Nancy Andrichi, “[...]o mesmo diploma legal a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovação de erro ou falsidade de registro”. Cinge-se para que se caracterize erro, se faz necessário a prova de erro intelectual (REsp 1383408/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 30/05/2014).

Note-se que cada caso concreto tem o viés merecido, sempre prevalecendo a dignidade da pessoa humana e a concretização de menores danos. Não há como nestes casos se estabelecer uma regra fixa e aplicar a todos os casos, pois a particularidade e o afeto estabelecido em cada um, pode ser determinante para concretizar a decisão da paternidade, seja ela biológica ou socioafetiva. Ainda assim, existem casos em que o prejuízo de substituição de um dos pais seja demasiadamente danoso, desta forma o instituto da multiparentalidade vem sendo aplicado e uma pessoa passa a ter mais de um genitor em seu registro de nascimento, como dois pais ou duas mães.

No ano de 2016 o Juiz Afif Jorge Simões Neto, da 2ª Vara de Família e Sucessões, o qual corre em segredo de justiça, determinou que uma menina que foi criada pela tia e seu marido deveria ter seu nome na certidão de nascimento, da que já era desde o nascimento, sua filha socioafetiva, em suas próprias palavras o juiz determinou que:

Muito embora se pudesse argumentar que não há dispositivo legal que autorize a inclusão de dois pais – um pai e uma mãe – no registro de nascimento, há, aqui, verdadeira hipótese na qual a lei deve se adequar à realidade posta e não o contrário. A multiparentalidade é concreta e não uma simples teoria (NETO, 2016).

Dessa forma, a multiparentalidade foi estabelecida pensando no melhor para aquela criança que, ainda que de forma não estabelecida em lei, foi considerada a situação a qual a menor vivia, pensando que aquelas pessoas que a criavam desde o nascimento deveriam ter os seus nomes em sua certidão como se pai e mãe fossem, neste caso o nome da mãe biológica não foi retirado da certidão, acrescentando assim o nome do tio, como pai e ainda dos pais dele como avós da menina. *Segredo de justiça*

Neste caso a multiparentalidade foi de grande valia para uma criança que já vivia de forma que seus tios eram seus pais, portanto esclarecer este processo na certidão de nascimento foi tão importante, acrescentar o nome de quem ela via, por toda sua vida, como pai e mãe, mostrou a importância jurídica que esta criança terá no dia a dia, ao informar o nome da mãe em um documento da escola por exemplo. Estes pequenos atos que fazem a diferença no dia a dia e mostram o quanto funcionam quando contemplados juridicamente (VIEIRA, 2015,p.89)

A multiparentalidade vem na forma de uma família não tradicional, onde encontramos várias pessoas cumprindo um mesmo papel, independente de consanguinidade. Portanto, ao verificarmos a sua importância no mundo jurídico nos deparamos com o bem estar tanto da criança como de quem a cria, podendo assim responder por esta criança participando de sua vida não só de forma diária como em todas as etapas exigidas na sociedade (ABREU, 2014). O fato da multiparentalidade estar registrada em certidão permite à criança, o entender de que aquela pessoa pode sim ser seu responsável e na hora de acrescentar essa pessoa num projeto escolar a criança se sente incluída socialmente.

Ter dois pais ou duas mães nos dias atuais deixa de ser um problema e passa a ser uma solução em muitos casos onde o dever de criar se impõe ao dever sanguíneo. Este papel de criar um filho que não tem seu sangue está cada vez mais comum nos dias atuais e vem demonstrando dar muito certo nas famílias que convivem dia a dia com uma criança quando os pais são divorciados, a criança que um dia está com a mãe e um padrasto e no outro o pai e madrasta e é tratada por todos como filha, se sente parte de duas famílias possibilitando uma proteção maior a criança, e hoje a multiparentalidade permite isso, pois o conceito de família plural é uma realidade nos dias de hoje e certamente continuará a se concretizar na forma de decisões de juízes acerca do tema (PIOLI, 2013)

Portanto ao definir multiparentalidade, Póvoas, 2012, tanto o pai ou mãe biológicos bem como os genitores afetivos se veem diante da oportunidade de fazer uso do princípio da dignidade humana e de seus laços de afeto com a criança para que exista uma forma de garantir a criação e até mesmo a permanência dos vínculos

parentais. Portanto tanto os parentes consanguíneo como afetivo terão os mesmos direitos e responsabilidades sobre aquela criança. Portanto, temos que a multiparentalidade e a socioafetividade não se confundem e poderão ocorrer simultaneamente, quando, por exemplo, uma pessoa tendo seu vínculo biológico registrado em sua certidão e, após, obtém o reconhecimento de parentalidade por vínculo afetivo, assegurando assim o princípio da igualdade jurídica, podendo ocorrer a substituição de um parente por outro, ou apenas a inclusão sem a supressão, o que ocorre com a multiparentalidade como demonstra Diniz:

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade (DINIZ, 2018, p. 27)

Salienta-se que a regra é a proteção e a dignidade da pessoa humana, sob este prisma fica cristalino o teor das decisões e da aparente divergência de entendimentos, que ora reconhece a socioafetividade, ora reconhece o vínculo biológico e ainda, por outras vezes não suprime nenhum e estabelece a multiparentalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil atualmente existem vários tipos de configurações de família, sendo conceituada por muitos anos pela existência de pai e mãe biológicos, que na constância do casamento dão origem a prole. Com o passar dos anos, a família conceituada anteriormente, não é mais tão visível aos olhos da população, pois a medida que o tempo passou foi dando espaço para outros tipos de família, como as advindas de união estável que perante a atual legislação equivalem-se as famílias tradicionais.

O presente estudo no entanto, fez uma abordagem a respeito da reconstrução de famílias que se desfizeram por força de divórcio ou separação de fato por exemplo, dando espaço para a presença de outras pessoas na vida da criança fruto da união anterior, essas pessoas se materializam nas figuras do Padrasto e Madrasta e com o tempo vão criando e estreitando os laços de afeto com seus respectivos enteados de maneira que conforme a intensidade e a vontade do parente socioafetivo, o mesmo queira, através da via legal, registrá-lo em seu nome.

Apesar de os parentes socioafetivos terem as mesmas obrigações na criação das crianças, como pai ou mãe biológicos fossem, não era permitido a inclusão de mais uma pessoa no registro de nascimento. Entretanto, após a publicação do provimento n. 63 do Conselho Nacional de Justiça que instituiu novos modelos de certidões de registros civis a qual estabelece considerando a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como a fundamentação da filiação civil.

Isso mostra como o Direito é capaz de se adequar aos novos tempos que a sociedade vive e ter a sensibilidade de ver além da letra fria da lei, reconhecendo os laços afetivos entre adulto e criança mais que suficientes para que seja possível o registro civil da mesma, que além do nome do pai biológico, conste também o nome do parente socioafetivo, que para o jovem é uma demonstração de que esse laço de afinidade e afeição é tão ou mais forte que os laços sanguíneos.

6. REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões. **Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento.** <<https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>> Acesso em 24 jun. de 2020.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito Civil: família.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 179.

BARBOSA, Heloisa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo.** Rio de Janeiro, 2013, p. 13 a 14.

BASSO, Gustavo Henrique. **Da filiação fora do casamento e da adoção.** <https://www.lex.com.br/doutrina_27537128_DA_FILIACAO_FORA_DO_CASAMENTO_E_DA_ADOCAO.aspx> Acesso em 24 jun. de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 05/10/1988.

_____. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. LEI Nº 4.655, DE 2 DE JUNHO DE 1965.

_____. STJ - REsp: 1352529 SP 2012/0211809-9, **Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/02/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2015.**

SANTANA, Clara Vanessa Maciel de Oliveira e Rocha. **A família na atualidade: novo conceito de família, novas formações e o papel do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Família).** Aracaju, 2015, p. 4.

_____. **63/2017 CNJ Provimento Nº 63 de 14/11/2017** <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380> acessado em 11/02/2020 19:08.

CASSETTARI, Christiano **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos - 2. ed.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 17-18.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito da família. 8 ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 365.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. 7. ed., rev. amp. e aum.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 348.

GODOY, Marissol Galvão. **Parentesco socioafetivo nas famílias reconstituídas e os reflexos jurídicos com o reconhecimento da multiparentalidade.** <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19865> Acesso em 24 jun. de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. 9. ed.** São Paulo: Saraiva, 2012. p 17.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18.

MENEZES, Roberta Silva de. **“Adoção Irregular”: A inobservância do cadastro de pretendentes à adoção em razão da formação de vínculos afetivos do adotando com o adotante em Santa Catarina. Monografia de graduação em Direito.** UFSC, Santa Catarina, 2008.

NASCIMENTO, Joacinay Fernanda do Carmo. **Adoção à brasileira.** <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14879> Acesso em 24 jun. 2020.

PIOLI, Roberta Raphaelli. **Multiparentalidade: alguém pode ter dois pais ou duas mães em seu registro civil?** <<https://jus.com.br/artigos/23828/multiparentalidade-alguem-pode-ter-dois-pais-ou-duas-maes-em-seu-registro-civil>> Acesso em 24 jun. de 2020.

PÓVOAS, Maurício Cavallazi. **Multiparentalidade – a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos.** Editora Conceito, 2012; pg. 79.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **Da relatividade do exame de DNA para reconhecimento de filiação.** In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu et al. (Org.). **Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 495-496.

VIEIRA, Carla Eduarda de Almeida. **Multiparentalidade: Benefícios e Efeitos Jurídicos do seu reconhecimento pelo direito.** Minas Gerais, 2018, p. 89.

VILLELA, João Batista. **Família Hoje. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto.** In: **BARRETO, Vicente (Org.) A nova família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 85.

RAMOS, Leticia da Rosa de Almeida. **A Multiparentalidade nos novos arranjos familiares.** Santa Maria, 2017, p. 35.

SANTOS, Mariana Monteiro Silva. **Os Efeitos do Divórcio na Família com Filhos Pequenos.** <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/os-efeitos-do-divorcio-na-familia-com-filhos-pequenos>> Acesso em 23 jun. de 2018.

SUZIGAN, Thábata Fernanda, **DIREITO DE FAMÍLIA** <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9204/Filiacao-socioafetiva-e-a-multiparentalidade> acessado em 11/02/2018 16:21.

TAVARES, Regina Beatriz – **Curso de direito civil, 2: direito de família** / Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva.- 42. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS:

[1] Advogada - Especialista em Direito da Família e Sucessões do Centro Universitário Dom Bosco, Graduada em Direito pela URCAMP

A POSSIBILIDADE DO AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DO FILHO ANTE O ABANDONO FAMILIAR NA INFÂNCIA

MICHAEL DOUGLAS ESTEVAM PEREIRA:

Graduando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Já atuou como estagiário bolsista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2018/2019).

Resumo: O presente trabalho busca demonstrar a viabilidade do afastamento do dever de amparo dos filhos aos pais ante o descumprimento reiterado dos deveres inerentes ao poder familiar. Analisa-se o poder familiar, seu conceito e os deveres a ele inerentes. Investiga-se a possibilidade do surgimento da obrigação alimentar para os filhos e a possibilidade de seu afastamento. Por fim, busca trazer o posicionamento da jurisprudência moderna acerca do assunto. Trata-se de uma pesquisa qualitativa de revisão de literatura, tomando por base a doutrina e a jurisprudência, apoiada no procedimento da pesquisa bibliográfica e documental. Finaliza-se o presente trabalho restando demonstrado a possibilidade do afastamento da obrigação alimentar dos filhos para com os pais na velhice.

Palavras chaves: Direito de família. Relações de parentesco. Poder Familiar. Alimentos. Desconstituição da obrigação alimentar.

Abstract: The present work seeks to demonstrate the feasibility of moving away from the duty of protecting children from parents in the face of repeated failure to comply with the duties inherent to family power. Family power, its concept and the inherent duties are analyzed. It also investigates the possibility of the emergence of an obligation to feed children and the possibility of their removal. Finally, it seeks to bring the position of modern jurisprudence on the subject. It is a qualitative research of literature review, based on doctrine and jurisprudence, supported by the procedure of bibliographic and documentary research. The present work is concluded, showing the possibility of departing from the children's food obligation towards their parents in old age.

Key words: Family law. Kinship relations. Family Power. Foods. Breach of maintenance obligation.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Poder familiar. 2.1 Conceito. 2.2 Deveres decorrentes do poder familiar. 2.2.1 Dever de sustento. 2.2.2 Dever de guarda e do direito à convivência. 2.3 Abandono material e afetivo. 3 Da obrigação alimentar dos filhos. 3.1 Do princípio da função social da família. 3.2 A Solidariedade e a reciprocidade como fundamentos da obrigação dos filhos de prestar alimentos aos pais. 3.3 Pressupostos da obrigação alimentar. 3.4 Do afastamento da obrigação alimentar e

da aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações de família. 3.4.1 Do procedimento indigno do alimentado. 3.4.2 A boa-fé objetiva no Direito de família. 3.4.2.1 Do venire contra factum proprium. 3.5 Do posicionamento jurisprudencial. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência do princípio da solidariedade, as relações de parentesco resultam em uma série de direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos. É dever dos pais sustentar os filhos durante a infância e adolescência, enquanto aos filhos incumbe o dever de assisti-los na velhice caso estes necessitem.

No entanto, no mundo real, não são raros os casos em que um dos genitores deixa seus filhos materialmente desassistidos, esquivando-se do dever de sustento. Em muitas das vezes, são descumpridos, ainda, os deveres de cuidado, educação, guarda e tantos outros.

Apesar disso, o filho cresce e se torna adulto, adquirindo renda própria, enquanto o genitor que nunca lhe assistiu envelhece, passando eventualmente a necessitar de sua ajuda. Neste cenário, não é difícil se vislumbrar que o filho abandonado poderá vir a ser condenado judicialmente a prestar alimentos ao genitor.

Nesse cenário surge importante indagação, o genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes a condição de genitor poderá, com o único intuito de se beneficiar, buscar a efetivação de seus direitos, praticando, deste modo, verdadeiro ato de contradição?

O ordenamento jurídico brasileiro, em prestígio ao princípio da boa-fé objetiva, veda o comportamento contraditório. Da mesma forma, não há no Direito brasileiro, com exceção do instituto da adoção, legislação que conceda ao filho maior a possibilidade de desconstituir os vínculos de parentesco com seus genitores, bem como os efeitos que dele decorrem.

Assim, o que se busca com o presente trabalho, cuja metodologia utilizada foi do tipo doutrinária e jurisprudencial, é demonstrar que, ainda que não se permita ao filho maior romper o vínculo de parentesco com o genitor que o abandonou, é plenamente viável o afastamento das obrigações decorrentes do estado de filho, sobretudo a obrigação alimentar.

2 PODER FAMILIAR

2.1 CONCEITO

A expressão “poder familiar” surge com a evolução da sociedade e do conceito de família, em substituição ao denominado pátrio poder. Enquanto a família atual é visualizada sob um prisma plural e democrático, encontrando base no princípio da afetividade, a família nos tempos antigos possuía alicerces no princípio da autoridade.

Neste contexto, o pátrio poder refletia a orientação hierarquizada e patriarcal da família, na qual o pai/homem era o seu chefe, sendo os filhos e demais membros submetidos ao seu comando e arbítrio. Pode-se afirmar que o termo encontra raiz no *pater potestas* dos romanos.

No Direito Romano o pátrio poder era exercido em termos rígidos e severos. Ao *pater familias* era atribuída autoridade suprema sobre os filhos, possuindo, inclusive, direito de vida e morte sobre estes[1].

No entanto, a emancipação da mulher e a visualização dos filhos como sujeitos dotados de direitos enfraqueceu o pátrio poder, ocorrendo, assim, sua substituição pelo poder familiar, este calcado no princípio da isonomia familiar.

Esta isonomia não é algo novo em nosso ordenamento jurídico, visto que o artigo 5º, inciso I, da CRFB/88 já a consagrava desde 1988. O artigo 229 da Lei Maior determina que incumbe à ambos os pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. A legislação infraconstitucional também consagra a obrigação conjunta dos pais junto à prole, conforme o artigo 22 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

No entanto, a Lei 8.069/90 em sua redação original trazia o termo pátrio poder que somente foi substituído com a vigência da Lei 12.010/09. É curioso notar que, embora sancionada dois anos após a promulgação da Carta Magna, o Estatuto empregou uma expressão que contrariava a isonomia entre homens e mulheres, consagrada como direito fundamental, somente sendo alterado quase 20 anos depois.

Com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, o poder familiar não pode mais ser visualizado como o poder exercido pelo pai ou mãe, ou por ambos, sobre os filhos, mas sim, como um conjunto de direitos e deveres outorgados a ambos os pais.

Esta é a conclusão a que chegaram Andréa Rodrigues *et al*, que afirmam que “o poder familiar, pois, pode ser definido como um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor, não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse deste último.[2]”

Devido à evolução do Direito de família, até mesmo a moderna expressão poder familiar vem sofrendo críticas. Seguindo um modelo mais democrático de família, parcela da doutrina, a exemplo de Anderson Screiber[3] e de Paulo Lôbo[4], defende a substituição da expressão poder familiar pelo termo autoridade familiar. Caio Mário destaca a mudança, afirmando que:

(...) tem sido frequente a nomenclatura "autoridade parental" por melhor refletir o conteúdo democrático da relação, além de traduzir preponderantemente uma carga maior de deveres do que de poderes para que o filho, pessoa em desenvolvimento, tenha uma estruturação psíquica adequada.[5]

A correção na denominação deve ser celebrada, visto que a criança e o adolescente não estão sujeitos aos pais como meros objetos de uma relação jurídica, sendo em verdade sujeitos de direitos. Feita esta verificação, é de bom tom destacar a diferença entre poder e autoridade realizada por Paulo Lôbo:

Poder é a relação entre força legitimada e sujeição dos destinatários. Esse sentido amplo abrange tanto o poder político quanto o poder privado. Por seu turno, autoridade é competência reconhecida, destituída de força e sujeição, exercida no interesse dos destinatários. O poder é vertical, emanando de cima para baixo; a autoridade é horizontal, porque consubstanciada em direitos e deveres recíprocos.[6]

Vale dizer que o poder familiar deve ser entendido como uma consequência natural da parentalidade. Os genitores são os protetores naturais dos filhos. Portanto, a eles foi delegado pela sociedade e pelo Estado o status de defensores legais dos filhos, sendo os titulares desta autoridade específica que devem exercer em atenção ao interesse dos filhos e não apenas em visando os seus próprios interesses.

O exercício do poder familiar envolve uma situação jurídica complexa, considerando que pode ser visualizado como uma amálgama composta de direitos, faculdades, ônus e deveres que devem sempre ser exercidos no interesse do menor. No plano constitucional, destaca-se os artigos 227 e 229, já na legislação infraconstitucional, o assunto é tratado basicamente pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2 DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR

Uma vez concluído que do poder familiar decorrem mais deveres do que direitos, ou poderes propriamente ditos, é necessário analisar dois dos principais deveres que dele decorrem.

2.2.1 DEVER DE SUSTENTO

Trata-se do dever de prover materialmente o filho menor não emancipado, ou seja, o dever de lhe garantir o fornecimento de alimentação, vestuário, moradia, educação, medicamentos e condições dignas para o seu crescimento e desenvolvimento[7]. O dever de prover a assistência material aos filhos pode ser extraído do artigo 22, do ECA, c/c artigos 1.566, inciso IV, 1.568 e 1.724, todos do Código Civil.

Vale ressaltar que durante o poder familiar o dever de sustento é unilateral, dos genitores em relação aos filhos. Somente após a emancipação ou com o atingimento da maioridade civil, isto é, após a extinção do poder familiar, é que se pode falar em obrigação alimentar recíproca, que passará a ser fundada no vínculo de parentesco, galgada no princípio da solidariedade, previsto no artigo 229 da CRFB/88.

Quanto ao filho menor não emancipado, ainda que ocorra a destituição ou suspensão do poder familiar, seus genitores ainda são obrigados a lhe garantir o sustento. Isto ocorre porque o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o vínculo de parentesco cessa com a adoção, enquanto o artigo 163, parágrafo único, do mesmo texto legal, declara que a perda ou suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro, sendo silente quanto à extinção do vínculo de parentesco.

Assim, ainda que sobrevenha a destituição ou a suspensão do poder familiar, subsistirá o vínculo decorrente da relação de parentesco, ensejador da obrigação alimentar. Portanto, não havendo sentença de procedência em ação de adoção, é possível a condenação do genitor destituído ou suspenso do poder familiar ao pagamento de pensão alimentícia.

Vale dizer que concluir de forma diversa seria recompensar o mau genitor, incentivando-o a prática do delito de abandono material, tipificado no artigo 244 do CP, e vem sendo o entendimento de nossos E. Tribunais de Justiça, a exemplo do Tribunal Paulista:

APELAÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DOS GENITORES. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DO MENOR. Sentença de procedência. Alegação de cerceamento de defesa

e nulidade da sentença. Inocorrência. Conjunto probatório suficiente. Estudo técnico realizado. Elementos de prova nos autos a indicar a situação de abandono e exposição a risco. Não cumprimento reiterado dos deveres inerentes ao poder familiar. Destituição que se impõe, fundada no superior interesse do adolescente. Inteligência dos artigos 1.635 e 1.638, ambos do Código Civil, e artigo 24, do ECA. Dever de alimentos que permanece em razão do vínculo de parentesco - Alimentos devidos por cada um dos genitores no valor de 1/3 do salário mínimo – Pretensão de redução do montante estabelecido – Mínimo existencial necessário - Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO[8].

Insta ressaltar que o dever de sustento está presente desde a concepção. Apesar de haver certa divergência doutrinária, é certo que a teoria concepcionista vem ganhando força no ordenamento jurídico pátrio. Deste modo, é correto afirmar que o nascituro adquire o status de pessoa humana já na concepção, sendo digno de toda proteção fornecida pelo Direito.

Portanto, ao nascituro devem ser concedidos os mesmos direitos reconhecidos aos demais filhos, tal como o direito ao reconhecimento de sua paternidade, com os direitos que dela decorrem, inclusive o direito à percepção de alimentos[9]. Diante disso, o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 11.804/2008 que tratou o assunto sob a nomenclatura de alimentos gravídicos.

Nos termos do artigo 2º da Lei 11.804/2008, os alimentos gravídicos devem compreender os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 6º da referida lei, não havendo pedido de revisão, os alimentos serão convertidos em favor da criança.

2.2.2 DEVER DE GUARDA E DO DIREITO À CONVIVÊNCIA

O dever de guarda foi conceituado pelo artigo 33 do ECA como sendo o dever que o seu detentor possui de prestar assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente. É importante mencionar que, enquanto para os pais o exercício da guarda consiste em um dever, aos filhos a guarda constitui verdadeiro direito de ser cuidado. O entendimento é amparado pela redação do artigo 227 da Carta Magna e pelo artigo 4º da Lei 8.069/90.

Como se percebe, embora o Estado e a sociedade tenham o dever de propiciar e garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, o múnus cabe inicialmente à família, ou seja, aos pais. Esse é o entendimento de Andréa Rodrigues Amin *et al*, que ensinam que:

A cada genitor incumbe, portanto, exercer este modo de ser do cuidado: ter o filho ao seu lado, protegendo-o, demonstrando amor, zelo e atenção na guarda e companhia diárias; o dever de saber onde, com quem e por que o filho menor de idade está longe de suas vistas. Devem os pais assegurar-se de que, distante dos seus olhos, o filho estará em segurança porque algum adulto o estará assistindo. Cuidar do filho é obrigação básica dos pais.[10]

O direito à convivência, embora comumente confundido com o dever de guarda, com ele não pode ser confundido. Ao tratar dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, a Lei nº 8.069/90 estatui que estes possuem direito à convivência familiar. Nos termos do seu artigo 19, *caput*, com redação dada pela Lei nº 13.259/16:

“Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

A companhia diz respeito ao direito de se estar junto, de exercer os cuidados do dia a dia. Insta destacar que até mesmo o genitor que não é detentor da guarda tem o direito de conviver com o filho. Embora no Direito brasileiro a regra seja a guarda compartilhada, isto é, aquela exercida por ambos os genitores em igualdade de condições, a guarda unilateral continua a existir, sendo reservada para situações excepcionais.

Ademais, a guarda unilateral, por si só, não retira do genitor não guardião a condição de genitor, tampouco o retira da titularidade do poder familiar. Portanto, o genitor não detentor da guarda mantém o dever de cuidado e o direito a companhia do filho. Neste sentido, o parágrafo 5º do artigo 1.584 do Código Civil determina que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, interesse este que obviamente inclui a observância do seu direito à convivência familiar com ambos os genitores.

Ressalta-se, ainda, que pela ótica do artigo 19, *caput*, do ECA o direito à convivência com ambos os genitores se traduz muito mais em direito da criança e do adolescente do que um direito dos pais.

2.3. ABANDONO MATERIAL E AFETIVO

O legislador se preocupou em punir o abandono dos filhos. O artigo 1.638, inciso II, do Diploma Civil impõe a sanção de perda do poder familiar ao pai ou mãe que deixar o filho em abandono.

Quando se fala no ato de abandonar o filho, a primeira ideia que surge é o ato de deixar o filho desprovido de meios materiais de subsistência. Todavia, o ato se revela muito mais abrangente.

Conforme definição do dicionário Michaelis[11], abandonar significa deixar ao abandono, não dar atenção, desamparar, desistir e deixar de lado. Desta forma, verifica-se, que o ato de abandono vai de encontro a diversos deveres inerentes ao poder familiar. Neste diapasão, deve-se concordar com o magistério do professor Paulo Nader, que ensina que:

Há, portanto, formas diversas de abandono: o físico em que o genitor se desfaz do filho; o assistencial, quando deixa de prover as necessidades de sustento e saúde; o intelectual, ao não encaminhá-lo à escola; o moral, quando não proporciona atenção, carinho ao filho, desconsiderando o vínculo no plano da afetividade[12].

No mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo afirma que deixar o filho em abandono corresponde a uma infração do dever dos pais a negar ao filho a devida assistência econômica, alimentar, familiar, moral, educacional e médico-hospitalar[13].

Vale ressaltar que, quanto ao abandono material, o artigo 23 do ECA determina que a falta ou carência de recursos não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Considerando-se que a perda e a suspensão do poder familiar é uma punição ao mau genitor, deve-se elogiar o dispositivo legal, pois, o contrário seria tão somente punir a pobreza. No entanto, a falta de recursos não exime os genitores dos deveres decorrentes do poder familiar, sobretudo, do dever de sustento.

O Direito penal também buscou coibir o ato de abandono em suas diversas perspectivas, tipificando as condutas de abandono de incapaz (artigo 133), abandono de recém-nascido (artigo 134), abandono material (artigo 244), abandono intelectual (artigo 246), abandono moral (artigo 247).

Nos últimos anos, o descumprimento do dever de guarda, bem como a não observância do direito à convivência do filho com seus genitores vêm ganhado espaço nos Tribunais brasileiros, tendo em vista o que a doutrina denomina de abandono afetivo.

Trata-se de situação em que um dos genitores se contenta em cumprir com o dever de sustento, pagando pensão alimentícia, mas priva o filho de sua convivência. Conforme ensina Paulo Lôbo, nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, estabelecidos na constituição e na legislação ordinária[14].

O princípio da paternidade/maternidade responsável, previsto no artigo 226, parágrafo 7º da CRFB/88, fundado na dignidade da pessoa humana, não se esgota com a mera assistência material. Isto posto, ainda que não se possa obrigar uma pessoa a amar, ainda que seja seu filho, o ordenamento jurídico outorga aos pais diversos deveres além do dever de sustento.

A matéria já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu pela existência de um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. Na mesma oportunidade, foi reconhecida pelo Tribunal da Cidadania a possibilidade da condenação ao pagamento danos morais decorrentes do abandono afetivo[15].

3 DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS FILHOS

3.1 DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

A família é a instituição fundamental a qualquer sociedade moderna, sendo considerada a célula essencial da sociedade. A afirmativa encontra amparo no texto constitucional, visto que o próprio artigo 226, *caput*, da CRFB/88 declara que a família é a base da sociedade e possui especial proteção do Estado.

A instituição familiar é o primeiro meio social ao qual o indivíduo é integrado, sendo a principal responsável por sua formação enquanto pessoa e cidadão. Sua grande importância para a sociedade pode ser retirada do artigo 227, *caput*, da CRFB/88, que conferiu primeiramente à família a função de assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Deste modo, assiste razão a Flávio Tartuce ao afirmar que “não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade[16]”.

Como já afirmado, a afetividade possui grande importância para o conceito moderno de família. Por conseguinte, como ensina o professor Paulo Lôbo, a entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros[17].

Outrossim, pode-se afirmar que a família não encontra sua finalidade em si mesma, tampouco existe apenas para tutelar o patrimônio de um dado grupo social ou garantir a “pureza sanguínea de um clã”. Ao revés, hodiernamente, é um meio social utilizado como instrumento para a busca pela felicidade.

Vale dizer que o STF, no julgamento do RE 477.554/MG, declarou que o direito à busca da felicidade é verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana[18].

3.2 A SOLIDARIEDADE E A RECIPROCIDADE COMO FUNDAMENTOS DA OBRIGAÇÃO DOS FILHOS DE PRESTAR ALIMENTOS AOS PAIS

A solidariedade é taxada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, sendo também aplicado no Direito de família. O referido princípio transfere a noção de uma família fraterna, detentora de uma responsabilidade social.

O desenvolvimento da sociedade e do Direito buscou superar a visão individualista e patrimonialista até então existente. Como bem asseverado por Paulo Lôbo, o princípio resulta da superação do modo de pensar e viver da sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais[19].

A aplicação da solidariedade ao direito de família decorre da valorização da dignidade da pessoa humana, sendo esta destinatária de máxima proteção e de elevado valor jurídico, surgindo, assim, a necessidade de uma sociedade mais solidária e justa. Sendo a família considerada a *célula mater* da sociedade, seus valores serão os valores da própria sociedade. Desta maneira, não se pode almejar uma sociedade mais fraterna com uma instituição familiar pautada no individualismo e na proteção do patrimônio em detrimento da pessoa.

A legislação infraconstitucional consagra o princípio em diversas oportunidades. Cite-se, por exemplo, o dever de mútua assistência entre os cônjuges previsto no art. 1.566, inciso III do Código Civil. Vale ressaltar que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, inclui a dignidade e a solidariedade como princípios a serem observados.

É a solidariedade familiar o princípio que justifica a obrigação alimentar existente entre parentes, cônjuges ou companheiros. Vale dizer que a solidariedade familiar não é apenas patrimonial, é também afetiva e psicológica[20].

Retornando ao plano constitucional, o artigo 229 da CRFB/88 determina que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Portanto, é correto concluir que a própria constituição consagrou o princípio da solidariedade familiar.

Parcela majoritária da doutrina, a exemplo de Paulo Nader[21], Arnaldo Rizzardo[22], Caio Mário[23] e Pablo Stolze e Pamplona Filho[24], afirmam que no âmbito das relações de parentesco a reciprocidade é característica do dever de prestar alimentos. E assim não podia ser diferente, visto que o artigo 1.696 do Código Civil determina que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos.

O significado dessa reciprocidade pode ser extraído do próprio artigo 229 da CRFB/88. Trata-se da possibilidade da inversão dos polos da relação jurídica alimentar. Enquanto os pais têm o dever de prestar alimentos aos filhos durante a infância, seja esse dever decorrente do poder familiar ou do liame de parentesco a depender do caso, os filhos possuem o dever de assistir os pais na velhice caso estes necessitem, estando englobada nesta assistência a obrigação de lhes prestar alimentos.

Assim, afirma-se que a reciprocidade existe porque quem presta alimentos também tem direito a recebê-los se vier a deles necessitar, invertendo-se as posições dos sujeitos da relação jurídica alimentar[25]. No entanto, é necessário se atentar ao alerta que faz Carlos Roberto Gonçalves, pois “os direitos coexistem apenas no estado potencial. A reciprocidade não indica que duas pessoas devam entre si alimentos simultaneamente, mas apenas que o devedor de hoje pode tornar-se o credor alimentar no futuro[26]”.

3.3 PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Existem dois fundamentos diversos a ensejar a prestação de alimentos. O primeiro decorre do poder familiar, é unilateral e deriva do dever de sustento. Conforme explica Paulo Lôbo, “há direito ao sustento do filho, correlativo ao dever dos pais, consectário do poder familiar[27]”. Já o segundo, é pautado na relação de parentesco, sendo bilateral, ou recíproco, sendo a obrigação alimentar propriamente dita. Assim, a possibilidade de tal obrigação dos filhos somente surge após a completude da maioridade civil ou da emancipação.

Os pressupostos da obrigação alimentar estão previstos nos artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil. Do *caput* do artigo 1.694, pode-se extrair que os parentes podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Já o artigo 1.695, do Código Civil, declara que “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Portanto, é correto afirmar que os pressupostos da obrigação alimentar são o vínculo de parentesco, a necessidade, isto é, a incapacidade de se sustentar por si próprio, e a possibilidade de fornecer alimentos da parte a quem se pede, desde que isso não prejudique sua própria subsistência.

A relação de parentesco constitui a legitimidade para se pleitear os alimentos. O parágrafo 1º do artigo 1.694 do Código Civil, determina que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante. A necessidade a que se refere o dispositivo em comento nada mais é do que “uma decorrência da inexistência de meios para o alimentando ser autossuficiente no seu sustento[28]”.

Vale ressaltar que essa necessidade independe de prova em relação aos filhos menores, visto que há presunção legal de sua incapacidade para garantir seu próprio sustento. Todavia, nos demais casos, deve aquele que pleiteia os alimentos demonstrar sua situação de necessidade.

Ainda a respeito da necessidade, afirma a melhor doutrina que para a fixação do encargo alimentar não importa a sua causa. Deste modo, a necessidade pode ocorrer tanto por questões sociais, a exemplo da falta de emprego, como também por questões físicas ou naturais como, por exemplo, a velhice e a doença, ou qualquer outra causa que deixe o indivíduo incapaz de prover seu próprio sustento[29].

Por conseguinte, somente poderá pleitear alimentos o parente que não disponha de recursos próprios e está impossibilitado de os obter por doença, idade avançada ou outro motivo relevante[30].

No entanto, o parágrafo 1º do artigo 1.694 do Código Civil, também impõe que os alimentos sejam fixados na proporção dos recursos da pessoa obrigada, isto é, na medida de sua capacidade contributiva. Vale dizer que a capacidade deverá ser verificada através dos rendimentos reais do alimentante e não apenas do seu salário.

Neste sentido, poderá ser aplicado, nos termos do Enunciado 573, aprovado na VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, a teoria da aparência. Desta forma, “na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza”. A jurisprudência vem se demonstrando favorável à teoria[31].

Parcela da doutrina defende a existência de outro pressuposto, a proporcionalidade[32] ou razoabilidade[33]. O pressuposto encontra amparo na natureza complementar da obrigação alimentar avoenga[34]. Também é utilizado para mitigar o princípio da igualdade entre filhos, permitindo que sejam fixados valores diferentes aos filhos a título de alimentos[35]. Em todo caso, nas lições de Silvio Salvo de Venosa, “o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade no quantum dos alimentos deve ser sempre um norteador[36]”.

3.4 DO AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

A regra no Direito pátrio é que os alimentos sejam estabelecidos sem limitação temporal para a obrigação[37], podendo perdurar enquanto houver o preenchimento dos seus pressupostos. Todavia, em casos excepcionais, como na prestação alimentícia ao ex-cônjuge, a doutrina e a jurisprudência possuem a tendência a estabelecer os alimentos em caráter temporário[38].

Ocorre que, havendo expressa autorização legal, a obrigação alimentar poderá ser extinta ainda que sobrevivam os seus pressupostos. É o que ocorre, por exemplo, na situação prevista no artigo 1.708, *caput*, do Código Civil, o qual determina que “com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”. O parágrafo único do mesmo dispositivo legal fala, ainda, da cessação da obrigação alimentar decorrente do comportamento indigno do alimentado.

3.4.1 DO PROCEDIMENTO INDIGNO DO ALIMENTADO

Nos termos do parágrafo único do artigo 1.708 do Diploma Civil, “com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”. A doutrina, a exemplo Anderson Screiber[39] e Caio Mário[40], faz duras críticas à redação do dispositivo legal por se tratar de cláusula extremamente aberta, o que pode levar a interpretações teratológicas e injustas.

Assim, na busca pela definição do ato de indignidade do alimentado, podemos nos socorrer do direito comparado. O artigo 132, parágrafo 4º, do Código Civil espanhol, em tradução livre, determina que cessará a obrigação alimentar

quando o alimentado, sendo ou não herdeiro necessário, houver cometido alguma falta que dê lugar à deserdação[41].

A doutrina nacional firmou seu entendimento de forma parecida a estabelecida pelo Direito espanhol, isso é, pela aplicação analógica dos dispositivos atinentes à exclusão da herança. Este é o entendimento consagrado no Enunciado 264, aprovado na III Jornada de Direito Civil do CJF/STF, “na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incisos I e II do art. 1.814 do Código Civil”.

O parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil é norma restritiva de direito, portanto deve ser interpretado de maneira restritiva. Deste modo, a redação do enunciado está em consonância com o ensinamento de Paulo Lôbo:

Por sua natureza de restrição de direitos, o conceito de procedimento indigno deve buscar seu conteúdo no sistema jurídico, quando delimita o significado de indignidade, para os fins civis, evitando-se os juízos subjetivos ou valores morais do ex-cônjuge e do próprio magistrado[42].

Deste modo, deve-se extrair do próprio ordenamento jurídico o real significado de procedimento indigno, atentando-se a advertência realizada pelo professor Paulo Nader, quem afirma que “o conceito de indignidade se situa no âmbito moral, cabendo ao juiz, em cada caso, apurar se o fato imputado ao credor da obrigação configura ofensa séria ao devedor[43]”.

Do enunciado 264 do CJF/STJ, extrai-se que é considerado ato de indignidade do alimentado ser autor, co-autor ou partícipe de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra o alimentante, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, bem como que houver acusado caluniosamente em juízo o alimentante ou incorrer em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro.

Partindo da conclusão do professor Paulo Nader, deve, ainda, ser trazido à baila o artigo 557 do Código Civil, que trata do ato de ingratidão do donatário, afirmando que podem ser revogadas por ingratidão as doações se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele, se cometeu contra ele ofensa física, se o injuriou gravemente ou o caluniou, se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

Deve-se, ainda, trazer à discussão a Lei 13.715/18, que incluiu o parágrafo único ao artigo 1.638 do Código Civil, expandindo o rol de condutas que ensejam a perda do poder familiar. Todas as condutas ali contidas são tipificadas como crime

pelo Código Penal. As condutas descritas no inciso II, por atentarem diretamente contra o filho, devem autorizar a extinção da obrigação alimentar do filho vítima da conduta criminosa de seu genitor após a maioridade, considerando-se que teve sua dignidade gravemente ofendida.

Neste sentido, deve ser questionado se o genitor que incorreu em abandono, especialmente o material e afetivo, terá legitimidade para pleitear alimentos em face do filho abandonado. Como já exposto, o abandono material e afetivo fere de morte diversos direitos da criança e do adolescente, atentando diretamente contra a sua dignidade. O abandono é repudiado de maneira tão grave pelo ordenamento jurídico brasileiro que, inclusive, é punido em suas diversas perspectivas pelo direito penal.

Portanto, é correto afirmar que o ato de abandono, em suas diversas perspectivas, deve ser considerado como procedimento indigno, autorizador da extinção da obrigação alimentar. Neste sentido é o entendimento de Rolf Madaleno:

(...) No sentido de ser considerado como indigno igualmente o comportamento daquele genitor que durante a infância e adolescência de seus filhos sempre se manteve alheio, distante, indiferente e até mesmo hostil, como acontece, por exemplo, quando uma mãe destaca com seu agir familiar que realmente não tem nenhum apreço por seus filhos, que é capaz de expor sua prole aos riscos inerentes à sua própria vulnerabilidade, podendo sua negligência ou o seu dolo resultar na dependência de drogas ou prostituição de um filho ou uma filha e mesmo depois de todo este escárnio para com sua prole, porque agora adulta e provendo rendas, este genitor busca de seus filhos que nunca amou um vínculo judicial de alimentos que assegurem sua velhice e indigência, mas que certamente não são devidos por todo seu histórico de uma conduta desordenada e reprovável, indigna de qualquer liame alimentar[44].

Apesar de o ato de abandono ser verificado com mais facilidade apenas durante a existência do poder familiar, isto é, antes do surgimento da obrigação alimentar propriamente dita, em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito de família, sua verificação passa a ser relevante, de modo que a caracterização do abandono pode servir de fundamento para o afastamento da obrigação alimentar do filho após a completude da maioridade ou emancipação.

3.4.4 A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Retornando a principiologia do direito de família, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé subjetiva. Enquanto a segunda permeia o plano anímico da parte, ou seja, reside no plano da subjetividade, a boa-fé objetiva está situada no plano de conduta, exigindo-se que as partes procedam de forma leal[45].

A melhor doutrina ensina que a boa-fé objetiva possui três funções no Direito brasileiro. A primeira função, retirada do artigo 113 do Código Civil, é a função interpretativa. Como meio de interpretação, atua como meio auxiliador da aplicação do Direito, servindo de lente para a correta interpretação dos institutos jurídicos. A segunda função é a integradora, retirada do artigo 422 do Diploma Civil.

Sua última função é a de controle, ou seja, de limitar o regular exercício de um direito ou faculdade. Devido a esta função, a boa-fé objetiva veda e pode o exercício de um direito subjetivo quando se caracterizar abuso da posição jurídica[46].

Conforme preceitua o artigo 187 do Código Civil, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Pela leitura do artigo 187, percebe-se que a violação da boa-fé configura ato ilícito. A doutrina entende, inclusive, que a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, sendo fundamentada em um critério objetivo-finalístico[47].

O fundamento da função de controle encontra base constitucional no princípio da solidariedade, sendo aplicado a todos os ramos do direito[48]. Conclui-se, portanto, que a boa-fé objetiva é princípio aplicável ao Direito de família. Os Tribunais vêm o aplicando em diversas oportunidades, conforme se verifica a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. FILHA MENOR. PRETENSÃO RECURSAL DE REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR EM RAZÃO DO NASCIMENTO DE OUTRO FILHO. Dever de sustento proveniente do poder familiar. Constituição de nova família, com o nascimento de novo filho. Fato que, por si só, não autoriza a redução da prestação alimentar devida à prole anterior. Ausência de prova contundente de modificação substancial nas condições financeiras do alimentante. Precedente do STJ. Ônus financeiros daí decorrentes que não podem recair sobre a filha anterior e sua genitora. Liberdade constitucionalmente garantida em relação ao planejamento familiar que deve ser sopesada com os princípios da paternidade responsável e boa-fé objetiva. Entendimento

jurisprudencial dominante no sentido de atribuir exclusivamente ao alimentante as consequências financeiras de sua escolha em constituir nova família. Princípio da paternidade responsável. Aumento da prole que não pode interferir nas responsabilidades anteriores, sob pena de pôr em risco a subsistência da apelada. Recurso conhecido e improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator[49].

Em igual sentido, transcreve-se ementa do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. (...) 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. (...) 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica. 7. Recurso especial provido[50].”

Uma vez concluído que a boa-fé objetiva integra a principiologia do Direito de família, faz-se necessário estudar um conceito jurídico que dela decorre. Embora comumente aplicado aos contratos e ao direito obrigacional de modo geral, não há óbice para sua aplicação no Direito de família.

3.4.2.1 DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Talvez seja o principal fundamento que enseje o afastamento da obrigação alimentar dos filhos em caso de eventual necessidade de um dos seus genitores. Trata-se da vedação ao comportamento contraditório. Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves, “protege uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente[51]”.

O genitor que agiu em abandono ao filho, descumprindo com os deveres de guarda e sustento, ou seja, que abandonou afetiva e/ou materialmente o filho na infância ou adolescência poderá exigir que este lhe ampare, por exemplo, com a prestação de alimentos na velhice?

Possuindo como escopo uma interpretação literal do artigo 229 da CRFB/88 por certo a resposta seria positiva. Todavia, a questão carece de uma análise mais aprofundada. A obrigação alimentar dos filhos em caso de eventual necessidade dos pais decorre dos princípios da solidariedade e da reciprocidade.

Tem-se, ainda, que o princípio da boa-fé objetiva integra a base principiológica do Direito de família. Portanto, a vedação do comportamento contraditório também deve ser observada na fixação da obrigação alimentar.

Deste modo, não é correto, moral, justo e até mesmo jurídico permitir que o genitor que se valeu da conduta de abandonar o filho venha posteriormente a agir de forma contrária, isto é, que utilize a posição jurídica que ignorou para exigir do filho assistência na velhice em caso de eventual necessidade.

3.5 DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência reconhece que o fundamento da obrigação alimentar dos descendentes para os genitores decorre da solidariedade familiar, conforme pode ser verificado pela ementa abaixo transcrita:

CIVIL. FAMÍLIA. ACORDO DE ALIMENTOS. DESCENDENTE PARA ASCENDENTE. GENITORA IDOSA. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. ARTS. 3º E 11 DO ESTATUTO DO IDOSO. ART. 1.694 DO CÓDIGO CIVIL. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE CONFIGURADO. HOMOLOGAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O art. 1.694 do Código Civil impõe o dever de prestar alimentos por força do parentesco. Da mesma forma, o Estatuto do Idoso atribui aos filhos a responsabilidade alimentar com os pais idosos (art. 12). 2. Na espécie, os documentos colacionados aos autos revelam, com clareza, a necessidade da genitora e as possibilidades financeiras do filho. Ademais, os termos do acordo estão claramente delineados, razão pela qual não vislumbro óbice legal para a sua homologação. 3. Recurso provido[52].

Os Tribunais também vêm aplicando a tese de que o abandono pode ensejar na extinção da obrigação alimentar dos filhos. Destaca-se interessante julgado do

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhece a solidariedade familiar como fundamento da obrigação alimentar, mas nega provimento ao pedido de alimentos devido ao não cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. FIXAÇÃO. O pedido de alimentos repousa aqui no dever de solidariedade entre os parentes, previsto no art. 1.694 do CCB, visto que a demandada é sua filha. Contudo, para a fixação de alimentos mister prova da necessidade de quem pede e da possibilidade da demandada, nos termos do parágrafo primeiro do referido dispositivo legal. Considerando que a apelante mora em imóvel cedido por um filho, possui plano de saúde pago por outra filha, recebe benefício do INSS no valor de R\$ 1.200,00, além de viver em união estável, descaracterizada está sua necessidade ao recebimento de socorro alimentar por parte da apelada. Mesmo que caracterizada a necessidade da autora/apelante ao recebimento de alimentos, não subsiste, na excepcionalidade do caso, há mais de 40 anos, diante do comportamento reprovável da própria apelante (que é mãe da apelada e a abandonou) qualquer vínculo afetivo para amparar o dever de solidariedade entre as litigantes, de forma que descabida seria a condenação da apelada ao pagamento de pensão em prol da apelante. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME[53].

Aplicando o princípio da boa-fé objetiva, consubstanciado na máxima do *venire contra factum proprium* para afastar reciprocidade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu no seguinte sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. PEDIDO DE ALIMENTOS DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. INEXISTÊNCIA DO EXERCÍCIO DO DEVER FAMILIAR. EVENTUAIS NECESSIDADES DA GENITORA QUE NÃO AUTORIZAM A FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A SEREM SUPOSTADOS PELA FILHA. SENTENÇA CONFIRMADA. A leitura atenta da prova carreada aos autos faz concluir que a apelante jamais exerceu a maternidade em relação à filha, cuja guarda fática, desde o nascimento, foi exercida pelo casal que a acolheu, dando-lhe proteção e amparo material, afetivo e emocional, permitindo que se desenvolvesse como pessoa. Por conseguinte, não pode a

genitora, decorridos quase 50 (cinquenta) anos, pretender que a filha lhe alcance alimentos, diante da inexistência de reciprocidade. APELAÇÃO DESPROVIDA[54].

Em igual sentido, o mesmo Tribunal já entendeu que:

ALIMENTOS. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. É descabido o pedido de alimentos, com fundamento no dever de solidariedade, pelo genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam em fase precoce do seu desenvolvimento. Negado provimento ao apelo[55].

Pelo exposto, percebe-se que os Tribunais pátrios vêm se posicionando no sentido da possibilidade do afastamento da obrigação alimentar do filho pelos motivos expostos no presente trabalho.

4. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, a obrigação alimentar dos filhos para com os pais é decorrente dos princípios da solidariedade e da reciprocidade. Assim, considerando-se que o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, sobretudo o dever de sustento, implicam na quebra da solidariedade e reciprocidade, a obrigação alimentar do filho perde o seu substrato justificador.

A obrigação alimentar pode ser extinta pelo procedimento indigno do alimentado. A busca pela definição do que seria procedimento indigno leva ao disposto no artigo 557, inciso IV, do Código Civil, que autoriza a revogação da doação por ingratidão do donatário quando este, podendo fornecê-los, se recusa a prestar alimentos ao doador em caso de necessidade.

Desta forma, a recusa do genitor em fornecer alimentos à prole, isto é, o descumprimento do dever de sustento, ainda que verificada antes do surgimento da obrigação alimentar do filho propriamente dita, além de romper com a solidariedade e com a reciprocidade, princípios fundamentais no obrigação alimentar decorrente da relação de parentesco, pode ser considerada como procedimento indigno, ensejador da extinção da obrigação alimentar.

Ademais, o cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, notadamente o dever de sustento e de guarda, é conclusão lógica do exercício da paternidade/maternidade. O genitor que não os cumpre, ignora a posição jurídica

que o ocupa. Assim, caso venha no futuro a se valer desta para pleitear quaisquer benefícios, incorrerá em ato de contradição, o que é vedado pelo Direito brasileiro em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito de família.

Portanto, resta evidenciado que o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar enseja a extinção do dever de amparo, consubstanciado na obrigação alimentar dos filhos para com os genitores.

Ressaltando-se que os Tribunais vêm negando procedência às ações de alimentos em que os genitores pleiteiam alimentos dos filhos devido à falta de reciprocidade/solidariedade, verificada pelo abandono durante a infância, isto é, devido ao descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, bem como, pela incidência do *venire contra factum proprium*.

5. Referências

AMIN, Andréa Rodrigues et al. *Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

AMIN, Andréa Rodrigues *et al. Curso de direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611546/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 23 fev. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, vol. 6: Direito de família*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609543/cfi/0!/4/2@100:0.00>, acesso em 05 de fevereiro de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608966/cfi/0!/4/4@0.00:0.413>, acesso em 26 de fevereiro de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608546/cfi/59!/4/4@0.00:2.34>, acesso em 08 de março de 2020.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547209865/cfi/0>, acesso em 23 de janeiro de 2020.

MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984236/cfi/6/2!/4/2@0.00:0.00>, acesso em 02 de fevereiro de 2020.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 5: Direito de família*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968687/cfi/6/2!\[:vnd.vst.idref=cover\]!](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968687/cfi/6/2![:vnd.vst.idref=cover]!), acesso em 23 de fevereiro de 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito de civil: direito de família*, vol. V. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984984/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.0994>, acesso em 23 de janeiro de 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/cfi/6/2!/4/2@0.00:0> acesso em 16 de janeiro de 2020.

SCREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610532/cfi/0!/4/2@100:0.00>, acesso em 23 de janeiro de 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*, vol. 5. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983970/cfi/6/2!/4/2@0:0>, acesso em 27 de janeiro de 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. volume único. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil: Família e sucessões*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019681/cfi/6/2!/4/2@0.00:0.00>, acesso em 23 de janeiro de 2020.

NOTAS:

[1] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito de família*, vol. V. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 29.

- [2] AMIN, Andréa Rodrigues et al. *Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 76.
- [3] SCREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 900.
- [4] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 282.
- [5] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito de civil: direito de família*, vol. V. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- [6] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 288.
- [7] AMIN, Andréa Rodrigues et al. *Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 103.
- [8] TJSP, Apelação Cível 1001129-53.2019.8.26.0197; Relator: Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Francisco Morato - 1ª Vara; Data do Julgamento: 03/02/2020; Data de Registro: 03/02/2020
- [9] AMIN, Andréa Rodrigues et al. *Curso de direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 235-236.
- [10] AMIN, Andréa Rodrigues et al. *Curso de direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 207.
- [11] Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/abandonar/>, acesso em 24 de fevereiro de 2020.
- [12] NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 5: Direito de família*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 404
- [13] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 565.
- [14] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 302.
- [15] STJ, REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012
- [16] TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 1068.

- [17] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.
- [18] Informativo 635, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo635.htm#transcricao1>, acesso em 01 de fevereiro de 2020.
- [19] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56.
- [20] TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*, vol. 5. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 14.
- [21] NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, v. 5: Direito de família. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 520.
- [22] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 673.
- [23] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito de civil: direito de família*, vol. V. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 628.
- [24] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, vol. 6: Direito de família*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 697.
- [25] MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 359.
- [26] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 523.
- [27] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 365.
- [28] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 689.
- [29] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito de civil: direito de família*, vol. V. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 627.
- [30] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 535.
- [31] TJRJ, Apelação Cível 0159559-92.2017.8.19.0001, Des(a). MARIA ISABEL PAES GONÇALVES - Julgamento: 28/08/2019 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

- [32] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito de civil: direito de família*, vol. V. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 627.
- [33] VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil: Família e sucessões*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 413
- [34] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 372.
- [35] STJ, REsp 1624050/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 22/06/2018.
- [36] VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil: Família e sucessões*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 412.
- [37] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, vol. 6: Direito de família*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 714.
- [38] MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 399.
- [39] SCREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 962-963.
- [40] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito de civil: direito de família*, vol. V. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 655.
- [41] Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>, acesso em 26 de fevereiro de 2020.
- [42] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 387.
- [43] NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 5: Direito de família*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 527.
- [44] MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 404.
- [45] TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família, vol. 5*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 32.
- [46] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 59.

[47] Enunciado 37, aprovado na I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>, acesso em 07 de março de 2020.

[48] Enunciado 414 aprovado na V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/228>, acesso em 07 de março de 2020.

[49] TJRJ, Apelação Cível 0010187-11.2018.8.19.0203. Des(a). CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR - Julgamento: 17/09/2019 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

[50] STJ, REsp 1087163/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011.

[51] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 60.

[52] TJDFT, Apelação Cível 07056752520198070014, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 22/1/2020, publicado no DJE: 21/2/2020

[53] TJRS, Apelação Cível, Nº 70059917898, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 21-08-2014

[54] TJRS, Apelação Cível, Nº 70081622235, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em: 31-07-2019

[55] TJRS, Apelação Cível, Nº 70013502331, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em: 15-02-2006.

PRECIFICAÇÃO DE CONTRATOS DE FÁBRICA DE SOFTWARE POR PONTOS DE FUNÇÃO E NÃO POR ESFORÇO

FRANCISCO CANINDÉ DA SILVA LEITE:

Graduado em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA, cursando Mestrado Profissional em Engenharia de Software pelo Instituto CESAR, servidor público federal (SUFRAMA) e fiscal técnico de contrato de fábrica de software

GEVESON DE SOUZA OLIVEIRA²

(coautor)

Resumo: A legislação e as Instruções Normativas respaldam a contratação de serviço de Tecnologia da Informação e Comunicação no âmbito da Administração Pública Federal. Contudo, algumas ponderações precisam ser levantadas para responder se os contratos atendem ou não a contento às necessidades dos órgãos contratantes. Esse referido trabalho aborda a questão da métrica de Ponto de Função que mede o tamanho dos requisitos funcionais, mas não mensura o esforço empreendido por parte da contratada. Também levantou-se que existem alguns tipos de contratos, mas que a complexidade dos mesmos inviabilizam a utilização por órgãos públicos e contratadas. Os modelos dos contratos celebrados entre a administração pública e as empresas vencedoras, encaixam-se como preço, prazo e escopo fixo, que segundo a literatura, não é bom nem para o contratante e nem para a contratada.

PALAVRAS-CHAVE: Fábrica de Software, Métrica, Ponto de Função.

1. Introdução

A legislação e as Instruções normativas (IN) permitem que a Administração Pública federal contrate atividades-meio para prestação de serviço, uma dessas atividades são contratos de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC). Um dos

² Bacharel em Ciência da Computação, cursando Mestrado Profissional em Engenharia de Software pelo Instituto CESAR, servidor público federal (SUFRAMA) e fiscal técnico de contrato de fábrica de software.

objetos de contrato é o desenvolvimento e manutenção de software, que é feito por meio de contratação de Fábrica de Software.

A literatura aborda alguns tipos de contratos para desenvolvimento de software. Uchoa (2013) aborda a referida problemática de contratos no âmbito da Administração Pública Federal, e reforça que “para cumprir limites de preço e escopo, os fornecedores, muitas vezes, são levados a degradar o resultado”, ou seja, a qualidade do produto é alterada.

Busca-se respostas para a questão dos contratos que geralmente tem escopo, preço e prazo fixos, mas o plano e o cronograma são difíceis de serem seguidos. As variáveis fixas tendem a comprometer a qualidade do produto, que é a única que não pode ser mutável.

Este artigo tem como objetivo fazer um levantamento dos contratos abordados na literatura e averiguar se os mesmos podem ser utilizados em contratos celebrados entre órgãos da administração pública e prestadoras de serviços de Fábrica de Software.

Outro objeto desse referido estudo é quanto a questão da mensuração de pagamento por meio da métrica de Ponto de Função, uma vez que o Ponto de Função mede o tamanho do software e não propriamente o esforço empreendido pela contratada. Portanto, além dessa seção introdutória, este artigo está dividido em seção 2 - Revisão de Literatura; Seção 3 - Levantamento e Seção 4 - Conclusão.

2. Métrica de Software

Segundo Pressman (2016) define métricas como "uma medida quantitativa do grau em que um sistema, componente ou processo possui um determinado atributo". O objetivo das métricas de software é controlar e identificar eficientemente os parâmetros essenciais que afetam o desenvolvimento de software Almeida, Monteiro e Furtado (2018) .

O objetivo da métrica é identificar os parâmetros determinantes que afetam o desenvolvimento, dessa forma, é possível traçar uma forma de mensuração para quantificar o tamanho funcional e com isso definir um preço a ser pago. No Âmbito da administração pública federal a métrica é uma forma para mensurar o tamanho funcional que será contratado e pago

Almeida, Monteiro e Furtado (2018) salientam que métricas de software podem ser usadas para obter amplas variedades de informações sobre qualidade do produto, tamanho funcional e estimativa de custo. Ainda Almeida, Monteiro e

Furtado (2018), as medições precisam ser monitoradas, cujo objetivo é garantir que as mudanças não impactem no resultado do produto.

As métricas de software referem-se a uma grande variedade de medidas e é hoje algo muito comum, embora a engenharia de software está longe de ter uma medição padrão amplamente aceita e com resultados que não contenham em seu âmbito nenhum fator subjetivo. A métrica é a medida do atributo de alguma entidade, no caso deste documento, será tratada a métrica de software, que é a medida de alguma propriedade do software.

Conforme AUTOR acima, existem muitas formas de métricas que podem ser utilizadas para inúmeros objetivos. Sommerville (2011).

Uma métrica de software é uma característica de um sistema de software, documentação de sistema ou processo de desenvolvimento que pode ser objetivamente medido. Exemplos de métricas incluem: o tamanho de um produto em linhas de código; o índice Fog (GUNNING, 1962), que é uma medida da legibilidade de uma passagem de texto escrito; o número de defeitos relatados em um produto de software entregue, e o número de pessoas/dia requerido para desenvolver um componente de sistema.

No âmbito da administração pública Russo *et al* (2018) aborda dois tipos de métricas no qual os denomina de modelos: *Contracts with Function Points* e *Contracts with Scrum Sprints*. O primeiro, proporciona objetividade no processo de avaliação, pois mensura o tamanho da funcionalidade. Já o segundo, o valor econômico não é determinado FPA, mas sim pelas iterações de desenvolvimento. No que tange a qualidade, o FPA computa se o software computa uma certo número de funcionalidades. Já o segundo, funciona como um processo do *Scrum*.

2.1 Contratos de Software

Laakkonen (2014) lista os seguintes tipos de contratos: *Fixed price agile, Time and materials in agile, Target-cost and agile, Fixed price per unit of work*. Book *et. al* (2016) complementa com os seguintes modelos: *Fixed Price per Iteration, Fixed Price per (Whatever) Point, Money for Nothing, Change for Free, Shared Pain/Shared Gain, Multi-stage Contract Models*.

Russo *et al* (2018) elenca as seguintes possibilidades de contratos: " *fixed price, fixed scope, fixed time; fixed price, fixed time, negotiable scope; paying for effort as it gets spent. If the requirements are volatile and there is mutual trust among producer and consumer this is the best situation; max price with payment on incremental acceptance; incremental delivery with payment on incremental acceptance price for each unit delivered, for instance a fixed fee for function point; base fee for each unit delivered, plus a low fee per hour, in order to incentive developers to early delivery*".

Para Laakkonen os contratos de preço, escopo e prazo fixos não são ideias para o fornecedor nem para o cliente, pois geralmente os projetos dificilmente seguem o plano e o cronograma. Entretanto, alguns clientes preferem esse tipo de contrato, principalmente os clientes relacionados a governo.

2.1.2 Preço Fixo e escopo fixo (PFEF)

Conforme Uchoa (2013) "o contrato PFEF define um preço total fixo para um produto definido, serviço ou resultado a ser fornecido". Para Larman e Vodde (2010), contratos e projetos de preço fixo – que com frequência também apresentam escopo fixo e, pior, duração fixa – devem ser evitados.

A ponderação feita por Larman e Vodde (2010) se dá pelo fato de que os projetos são contratados com escopo, preço e prazos fixos, mas geralmente o plano e o cronograma do projeto não são estáticos, ou seja, caso hajam mudanças em uma das variáveis, deixará de ser fixo, isso influenciará no resultado do produto, pois é a única coisa que é imutável no projeto, que é qualidade do produto.

Desta forma Uchoa (2013) alerta que "para cumprir limites de preço e escopo, os fornecedores, muitas vezes, são levados a degradar o resultado geral do trabalho reduzindo a qualidade do código, eliminando testes, e assim por diante". A ideia de Uchoa (2013) reforça que quando uma das variáveis do projeto é mudada e/ou estendida, o resultado final é alterado.

2.2.2 Contrato por Sprint (CS)

Em alguns órgãos da Administração Pública se faz contrato de preço, escopo e tempo fixos, mas se exige entregas por *Sprints* que é um dos princípios do *Scrum*. Segundo Zijdemans (2013) *apud* Uchoa 2013 "neste tipo de contratação o pagamento de cada Sprint deve ter um preço fixo e deve ser calculado de acordo com a velocidade de trabalho da equipe se as metas forem alcançadas".

No âmbito da Administração Pública, os contratos de Tecnologia da Informação seguem a Instrução Normativa 01/2019. Logo, a *Sprint* é uma adaptação do *Scrum*, é utilizado, pois facilita a quebra dos projetos em etapas menores.

Segundo Zijdemans 2013 *apud* Uchoa 2013 “neste tipo de contratação o pagamento de cada Sprint deve ter um preço fixo e deve ser calculado de acordo com a velocidade de trabalho da equipe se as metas forem alcançadas”. Apesar de os órgãos públicos não terem esse tipo de contrato, mas é uma das formas de se utilizar esse mecanismo, pois os projetos de software são divididos em iterações.

2.2.3 Pontos de Função

A métrica de Ponto de Função PF, é uma técnica que mede o tamanho da funcionalidade do software. No âmbito da Administração Pública Federal, os órgãos que utilizam essa métrica. Segundo Almeida, Monteiro e Furtado (2018) conceitua PF.

“Análise de Ponto de Função, ou métrica PF, é uma técnica de medição do tamanho funcional de um software. Essas funções são operações extraídas dos requisitos funcionais gerados a partir da visão do usuário. A partir dessa medição é possível estimar o esforço para implementação do sistema utilizando Ponto de Função que é a unidade de medida desta técnica”.

Segundo Uchoa (2013) “O ponto de função é uma métrica de tamanho funcional de projetos de software (SLTI/MPOG, 2012) que possibilita a estimativa do esforço e do prazo requeridos para o desenvolvimento de um sistema”. O PF possibilita mensurar o tamanho da funcionalidade funcional do software, não necessariamente o esforço empreendido.

Ainda Uchoa (2013) “O TCU sugere que se considere medida de pontos de função na definição do método para quantificar os volumes de serviços a demandar ao longo dos contratos”. A métrica de PF não mensura o esforço empreendido pela Fábrica de Software, mas permite aos fiscais técnicos de contratos e auditores um melhor controle das demandas.

3. Desenvolvimento

A IN 01/2019 que “Dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do

Poder Executivo Federal”, o artigo 8 desta referida IN, estabelece que o processo de contratação de TIC siga as respectivas fases, conforme a Figura 1.

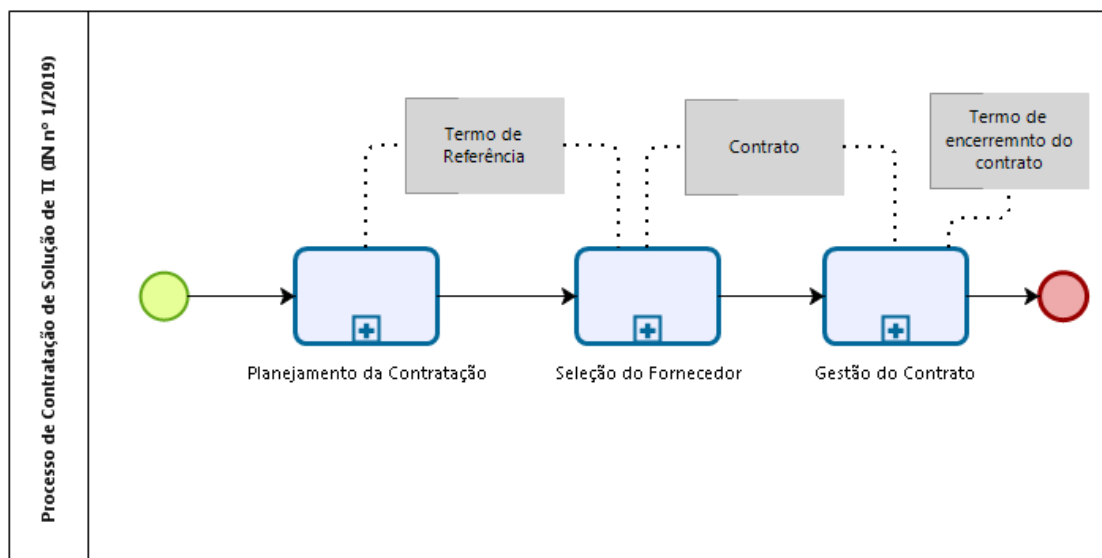


Figura 1: Processo de Contratação de Solução de TIC - IN 01/2019

A Figura 1 ilustra os macroprocessos a serem seguidos no processo de contratação de uma solução de TIC, dentre as quais a fábrica de software faz parte desse serviço.

A elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico se dá na fase de planejamento da contratação, nesse artefato são listados os pré requisitos que nortearão o contrato da empresa vencedora do processo licitatório. A nomenclatura Termo de Referência vem do Decreto 3.555/2000 Art. 8.

“I - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando preços praticados no mercado, considerando preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato”.

No Termo de Referência é especificado o objeto do contrato e como o mesmo deverá ser executado. No que tange a contratos de Fábrica de Software, os requisitos definidos neste artefato (TR) subsidiam o futuro contrato.

Ressalta-se que no TR já vem especificado o valor total de Pontos de Função a serem utilizados, assim como o valor em real específico por cada PF. Ressalta-se

que a administração Pública paga pelo valor da funcionalidade e não pelo esforço feito para desenvolvê-la, conforme colocado por Almeida e Furtado (2018).

4. Conclusão

A legislação e as instruções normativas permitem a contratação de serviço meio no âmbito da Administração Pública, a Fábrica de Software é um desses serviços são contratados para desenvolver e manter os software existentes.

Este trabalho fez um levantamento de contratos de fábrica de software cujo pagamento é feito mediante ao tamanho da funcionalidade desenvolvida, nesse caso não se leva em consideração o esforço empreendido pela empresa. Também foram levantados alguns tipos de contratos abordados na literatura, mas que não se utiliza no âmbito público.

Identificou-se que no âmbito da da administração pública, utiliza-se contratos de preço, escopo e prazo fixos. Portanto, esses modelos não é a melhor alternativa, pois o plano e cronograma do projeto são mutáveis o que pode afetar a qualidade do produto. Logo, precisa de modelos de acordo com a legislação vigente, mas que as variáveis sejam flexíveis, de modo que a qualidade seja imutável.

5.Referências

ALMEIDA, W. H. CARVALHO, FURTADO, FELIPE. Análise sobre métricas nos contratos de fábricas de software no âmbito da administração pública federal. Rio de Janeiro: Albatroz, 2019.

CONTRATAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO ÁGIL DE SOFTWARE PELO GOVERNO Alexandre Prestes Uchoa.

Alexandre Prestes Uchoa. CONTRATAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO ÁGIL DE SOFTWARE PELO GOVERNO. Dissertação (Mestrado) - UFRJ/ COPPE/ Programa de Engenharia de Sistemas e Computação, 2013.

LARMAN, Craig; VODDE, Bas. Practices for Scaling Lean & Agile Development: Large, Multisite, and Offshore Product Development with Large-Scale Scrum. [S.l.]: Addison-Wesley Professional, 2010.

IN01. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Governo Digital. <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70267659/do1-2019-04-05-instrucao-normativa-n-1-de-4-de-abril-de-2019-70267535>.

Laakkonen, Katariina. Contracts in Agile Software Development. Degree Programme of Computer Science and Engineering 2014.

Russo, Daniel, Gerolamo Taccogna, Paolo Ciancarini. Contracting Agile Developments for Mission Critical Systems in the Public Sector. 2018 ACM/IEEE 40th International Conference on Software Engineering: Software Engineering in Society.

DECRETO Nº 3.555, DE 8 DE AGOSTO DE 2000.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>.

Book, Matthias, Gruhn, Volker, Striemer, Rüdiger. Tamed Agility, Agile Contract Models. Pragmatic Contracting and Collaboration in Agile Software Projects 2016.

SOMMERVILLE, I. Software Engineering (Vol. 9). Pearson, 2011.

Pressman, R. S. (2016). Software engineering : a practitioner's approach. 9aed. New York: Higher Education.

DIREITO DIGITAL BRASILEIRO E A IMPLANTAÇÃO DA LGPD NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

GEVESON DE SOUZA OLIVEIRA:

Bacharel em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM, cursando Mestrado Profissional em Engenharia de Software pelo Centro de Estudos e Sistemas Avançados do Recife – CESAR SCHOOL, Servidor Público Federal (SUFRAMA) e Fiscal Técnico de Contratos.

FRANCISCO CANINDÉ DA SILVA LEITE[1]

(coautor)

Resumo: Este estudo tem por objetivo analisar a implantação da Lei Geral de Proteção de Dados na Administração Pública Federal, diploma editado em 2018, mas que, por força da *vacatio legis*, somente entrou em vigor, em sua inteireza, recentemente. A pesquisa classifica-se como hipotético-dedutiva, descritiva e bibliográfica. Constata-se que a implantação da LGPD, na Administração Pública Federal, enfrenta problemas comuns a outras áreas, seja porque inúmeros e complexos são os instrumentos previstos pelo legislador, seja porque o Estado não efetivou a instituição de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados como preconizado pelo legislador, o que compromete a efetivação dos preceitos legais.

Palavras-chave: Dados Pessoais. Proteção. LGPD. Administração Pública Federal. Implantação.

1 INTRODUÇÃO

A proteção de dados, nos últimos anos, é uma clara preocupação do Estado e da sociedade, principalmente pelos inúmeros obstáculos, não raras vezes enfrentados, para a efetivação da tutela dos dados pessoais, embora se reconheça a sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana, o que ganha relevo em se tratando da Administração Pública Federal, uma vez que a quase totalidade dos órgãos federais lidam, diuturnamente, com dados sensíveis.

A proteção de dados pessoais é uma clara preocupação do Estado na atualidade, sendo vários os diplomas legais editados aos longo dos últimos anos para a tutela da privacidade na rede mundial de computadores, ganhando relevo, nesse cenário, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, comumente denominada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

O referido diploma legal foi sancionado pelo então Presidente da República Michel Temer, originário do Projeto de Lei Complementar nº 53/2018 que, por sua vez, resultou da união de outros dois projetos de lei. É, portanto, um marco legal na proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, pois engloba uma série de itens de controle para certificar o cumprimento das garantias previstas em seu bojo.

O texto original da LGPD estabeleceu, em seu art. 65, um marco temporal para a vigência de grande parte dos dispositivos, como forma de assegurar que as pessoas de direito privado e de direito público se adequassem às exigências legais. Logo, apenas os dispositivos que tratam das funções e estrutura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados entraram em vigor quando da publicação da lei, pois todos os demais dispositivos passariam a vigorar apenas em agosto de 2020, ou seja, decorridos 24 meses da sua publicação. Contudo, em virtude dos problemas diversos enfrentados por força da pandemia do Covid-19, foi alterado o texto da LGPD no que tange a *vacatio legis*.

Independentemente das alterações legislativas, as pessoas de direito público e privado precisam se adequar para a implantação da LGPD, pois, atualmente, dados são tratados de forma direta ou indireta em todas as searas, e clamam, por conseguinte, que os princípios básicos sejam seguidos para a efetiva proteção dos dados pessoais.

Em meio a esse cenário, portanto, importa analisar a implantação da LGPD na Administração Pública Federal, destacando os principais obstáculos para a efetivação da tutela estatal da proteção de dados pessoais.

Destarte, a pesquisa é de natureza hipotético-dedutiva, no que tange a abordagem, e descritiva, quanto ao procedimento. E, em relação a técnica de pesquisa, é bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

2 DESENVOLVIMENTO

A chegada da rede mundial de computadores, conhecida como internet, fez com que o direito fundamental à privacidade encontrasse diversas novas situações em que ele pudesse ser inserido. Desde então, são várias as discussões no âmbito jurídico sobre como tal proteção dos direitos a privacidade pode ser feita – prevista na Constituição Federal Brasileira – pois, dentro da internet, ocorreu a descentralização de diversas mídias, com uma grande velocidade de transmissão de vários grupos acerca de suas opiniões, interações e gostos, sendo, portanto, um

advento que tem uma grande velocidade de interação entre as pessoas em um âmbito global (ARAÚJO et al., 2014).

O ambiente virtual em que os usuários estão presentes diariamente dentro da internet é um local que aumenta as chances de um indivíduo estabelecer maiores relações com o mundo e outras pessoas, sendo esse ambiente uma grande ferramenta para questões que possam violar os direitos desses usuários. A privacidade e a intimidade, que são direitos de caráter personalíssimo dos indivíduos, são, por muitas vezes, expostas por meio de aparição do nome, imagem e demais dados que não foram autorizados pelos usuários a serem publicados. A internet é um mundo aberto e seus usuários, agindo de maneira inocente, podem acabar sendo expostos de maneira ilegal por causa das violações de direito que são praticadas diariamente por grandes empresas ou até mesmo pelo governo (ROSA; FERRARI, 2015).

É notório que a cada ano ocorrem novos adventos tecnológicos que acabam por criar um ambiente desfavorável às implicações normativas. As consequências desses adventos geralmente acabam trazendo, para os ordenamentos jurídicos, dificuldades de se desenvolver conceitos, implicações e aplicações de maneira efetiva, através de uma legislação vigente. Instaura-se, portanto, um cenário de insegurança jurídica e também social, sob o prisma de como o ordenamento jurídico deve se adaptar às novas tecnologias, e os conceitos existentes possam, assim, encaixar-se em torno desses novos temas. Apenas a título de exemplo, destaca-se o “big data”, onde sofisticados e dinâmicos mecanismos de captura de dados fazem a “mineração” de informações na rede mundial de computadores, armazenando e inter-relacionando, para um propósito específico, toneladas de “bytes” sobre qualquer tema ou indivíduo.

Faz-se necessário, frente a questões como a acima narrada, que os dados pessoais e a privacidade sejam preservados e, principalmente, recebam do Estado a tutela jurídica efetiva. Há, portanto, uma preocupação com os direitos da personalidade diante das inovações tecnológicas.

De fato, essa gama de discussões sobre as novas tecnologias preocupam a sociedade como um todo, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, não apenas em nosso país, mas em todo o mundo.

Apesar disso o Brasil não contava, até bem pouco tempo, com uma legislação específica para tutela dos dados. Porém, mesmo editada norma, qual seja, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), a grande maioria dos dispositivos somente entraram em vigor recentemente. Como lecionam Tavares e Alvarez (2017), o que

constava na nossa legislação eram apenas meras “menções” sobre a temática da proteção de dados pessoais, sendo de tal forma, genérica, através da Carta Magna.

Significa dizer que apesar de toda a evolução tecnológica, a atividade legislativa não conseguiu acompanhar, sendo crescentes os problemas quanto à violação de dados, à exposição da imagem, honra, privacidade, dentre direitos outros direitos, pois o aumento e uso excessivo da internet, o Estado não se muniu de meios para a efetiva tutela dos direitos dos sujeitos envolvidos.

Não obstante, para a privacidade e proteção de dados pessoais, segundo Carloni (2013), é de extrema significância uma regulação própria em que se possa ter uma noção específica de privacidade, trazendo uma ampla proteção no que tange aos dados pessoais e toda sua conjuntura decorrente de diversas tecnologias, em que se frisa o Big Data. Essa imposição torna-se cada vez mais relevante, pois, a Constituição Federal Brasileira classificou a privacidade como um direito fundamental. Portanto, a ausência de uma regulação singular acaba por ocasionar insegurança jurídica a todos os proprietários dos dados e as empresas que usufruem destes dados para fins comerciais.

Para se ter uma ideia, apenas em 2012 é que foi editada norma legal específica, para tipificar a invasão e dispositivos informáticos. Trata-se da Lei nº 12.737, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, embora possam ser vítimas do delito em comento tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica (CABETTE, 2013).

Apesar da importância da Lei nº 12.737/2012, como salienta Borges (2015), que representa um marco na tutela dos crimes cibernéticos e, conseqüentemente, da regulamentação da internet, pouca eficácia surtiu, haja vista as impropriedades legislativas.

Não se pretende, nesse estudo, esgotar a análise histórico-evolutiva da tutela dos dados pessoais na rede mundial de computadores. Busca-se, nesse ponto, apenas ilustrar a demora do legislador brasileiro em estabelecer regras específicas para a proteção dos direitos e os reflexos do ambiente virtual no cotidiano.

Ademais, com o passar dos tempos, e a dificuldade em se proteger efetivamente os dados pessoais na internet, houve a percepção de que seria de grande importância a criação de uma legislação específica, que buscasse regulamentar impasses jurídicos envolvendo a Internet, fornecimento de serviços, proteção de direitos, responsabilidade dos provedores, proteção dos usuários como consumidores, etc.

Este documento, torna-se, de certo modo, uma “constituição da internet”, pois, estabelece conceitos sobre a rede, as quais darão suporte para leis futuras no âmbito digital, assegura o direito à indenização, proteção pelo dano moral e material decorrente de violações, direito ao sigilo e inviolabilidade de seus tráfegos de dados via internet, o não fornecimento a terceiros destes dados particulares, até mesmo, registros de conexão, acessos, dados, somente com autorização da pessoa.

Nesse cenário é que ganha relevo a Lei Geral de Proteção de Dados que, segundo a doutrina majoritária, se inspirou fortemente na Diretiva 95/46/CE, diploma que regulamenta a proteção de dados na União Europeia, que conta, desde a década de 1990, com legislação específica.

Segundo Monteiro (2018), a normativa supracitada é vista como a mais completa lei geral de proteção de dados do mundo, e seu escopo é transfronteiriça, pois inclui não só dados de pessoas naturais localizadas na União Europeia, mas de todos os países que possuem ponto de contato com países da União Europeia, principalmente relacionados à cidadãos europeus.

Ao falar acerca do contexto de dados pessoais e privacidade, o Senador Ricardo Ferraço, em seu parecer sobre o Projeto de Lei do Senado Federal nº 330/2013 (BRASIL, 2013), aduz que com a grande quantidade de informações armazenadas e a tecnologia existente para manipulá-la, uma determinada corporação consegue obter as características e traços da personalidade humana. Assim sendo, a privacidade é a única ferramenta onde é possível obter a garantia da segurança, neutralizando uma grande manipulação social. Por essa razão, a utilização indevida de todos os dados viola condições garantidas pela Constituição Brasileira.

Rosa e Ferrari (2014) criticaram o legislador pela demora na edição de uma legislação unitária no contexto brasileiro em que toda a temática de proteção de dados possa ser tutelada. E ressaltavam, desde 2014, a necessidade da criação de uma lei que proteja privacidade e todos os tipos de bancos de dados. Todos os dados disponibilizados pelos indivíduos não estão protegidos em apenas uma legislação, portanto, torna-se fundamental uma única legislação para a garantia da proteção de todos os direitos decorrentes da privacidade.

Ainda, Rosa e Ferrari (2014) ressaltam que quando não há uma legislação sobre proteção de dados pessoais, tem-se como constatação que, a partir do atual cenário da modernidade, a aplicação de uma única lei pode se tornar obsoleta, pois as novas tecnológicas são muito voláteis e, portanto, estão em constante mudança.

Percebe-se, portanto, que é inegável a importância, no âmbito do Direito Digital, da Lei Geral de Proteção de Dados, que visa, em apertada síntese, proteger os dados pessoais enquanto extensão da personalidade. Com base nisso se pode verificar porque a LGPD não se aplica às pessoas jurídicas, uma vez que ela por si só não pensa, não tem moral, não se relaciona ou se reconhece, não possui intimidade ou vida privada, pois tais atributos são próprios dos seres humanos (COTS; OLIVEIRA, 2018). Isso se deve porque o elemento central para análise da LGPD é a definição do que é considerado dado pessoal, a LGPD traz essa conceituação no “art. 5, I – Dado pessoal – Informação relacionada a pessoal natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018).

Bioni (2018) ensina que a LGPD adotou na sua definição de dados pessoais a teoria expansionista, ou seja, não define apenas como dados pessoais aqueles que tem um vínculo imediato, direto, preciso ou exato com a pessoa natural (teoria reducionista), como seria informações como CPF, RG, nome, etc., mas também abarcou os dados que tornam a pessoa identificável, através de um vínculo indireto.

Nesse cenário ganha relevo a implantação da LGPD no âmbito da Administração Pública Federal pois, como lembra Oliveira (2018), é imprescindível que as pessoas de direito público se adequem, compreendendo, de plano, os princípios básicos do supracitado diploma legal, principalmente porque a quase totalidade dos órgãos governamentais lidam com o tratamento de dados.

O segundo ponto, segundo Capra (2019), diz respeito à capacitação de pessoal. De fato, qualquer organização somente se adequará as normas insertas na LGPD a partir do momento em que o pessoal responsável for de fato capacitado. Em se tratando da Administração Pública Federal, portanto, além do investimento em tecnologia, a capacitação de pessoal é imprescindível, pois se faz necessário conhecimento específico.

Guynemer (2019) também reforça a importância de se capacitar os servidores públicos federais que irão atuar, como encarregados, na implementação das medidas previstas na LGPD, mapeando os impactos, o fluxo de dados, o seu compartilhamento, dentre outras questões inerentes à tutela dos dados pessoais, haja vista a gama de dados sensíveis tratados e compartilhados pelos órgãos públicos.

Ainda, é imprescindível que as organizações, sejam públicas ou privadas, invistam em programas de conformidade, traçando questões como classificação, catalogação e processamento de dados, identificando aqueles que são físicos e os que se encontram online, quais dados são sensíveis e, ainda, quem poderá, no âmbito das organizações, ter acesso a informações (CAPRA, 2019).

Não é um caminho fácil, sendo vários os problemas enfrentados para adequação das organizações às exigências legais, o que justificou, inicialmente, a concessão do prazo de 24 meses para entrada em vigor da LGPD. Para se ter uma ideia da complexidade para adequação às exigências da LGPD, notícia divulgada no site ItFórum cita pesquisa realizada pela ICTS Protiviti, a qual revela que 58,3% das empresas brasileiras sequer iniciaram o processo de adequação às exigências da LGPD, o que se agrava se considerado o fato de que 71,9% das empresas não possuem domínio sobre informações sigilosas e sensíveis, tais como nome, telefone, endereço, dentre outras (LEVANTAMENTO, 2020). Contudo, não há dados acerca da organização e planejamento no âmbito da Administração Pública, mormente a federal.

Segundo Lima (2020), um dos graves problemas para a efetivação das normas contidas na LGPD é a estrutura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, prevista na LGPD, em especial no art. 55-A, e que é imprescindível para a efetivação do comando legislativo. É, pois, uma forma de órgão regulador, sem o qual a implementação torna-se difícil.

Já Guynemer (2019) esclarece que não há uma fórmula que atenda a todos os órgãos da Administração Pública e cita, ainda, a problemática da pandemia da Covid 19 como fator que comprometeu o alinhamento político para a efetivação da LGPD na Administração Pública Federal, já que as atenções não foram devidamente voltadas à efetivação do diploma legal em comento.

A questão ganha relevo se considerado o fato de que a LGPD, em seu texto base, trata do denominado interesse público, ou seja, prevê regras específicas para a Administração Pública, já que a grande parte dos órgãos governamentais federais lidam diuturnamente com dados sensíveis, a exemplo daqueles compartilhados no sistema de saúde.

Destarte, não restam dúvidas de que a LGPD se aplica às pessoas de Direito Público e, principalmente porque os órgãos federais tendem a lidar constantemente com dados pessoais. Contudo, percebe-se que até mesmo do ponto de vista acadêmico a implantação é mitigada, o que se deve talvez ao longo prazo da *vacatio legis*, a prorrogação (ou pelo menos discussões nesse sentido) da entrada em vigor. Contudo, não se ignora a importância de se investir em tecnologia, processos e capacitação de pessoal, medidas sem as quais não será possível efetivar a tutela dos dados pessoais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender, nesse breve estudo, a implantação da LGPD na Administração Pública Federal, uma vez que o referido diploma legal alcança as pessoas de direito privado e público, sendo mister a adoção de medidas para a efetivação da tutela dos dados pessoais.

De fato, não há como negar que a quase totalidade dos órgãos integrantes da Administração Pública Federal lidam, diuturnamente, com o compartilhamento e tratamento de dados sensíveis, ou seja, dados que merecem a tutela estatal. Contudo, vários são os obstáculos para a implantação da LGPD, embora sejam escassos os estudos sobre a medida.

Isso se deve, ainda, ao fato de que a pandemia da Covid-19 acabou atraindo as atenções do poder público, desde que anunciado o problema no começo do corrente ano. Tal fato, somado a não efetivação de uma autoridade nacional, como prevista na legislação, corroboraram para o retardamento das medidas imprescindíveis à implantação da LGPD.

Apesar de tal constatação, percebe-se que são necessários esforços quanto à tecnologia e capacitação de pessoal, em específico, pois a complexidade das medidas previstas na LGPD clama conhecimentos específicos.

Destarte, não há dúvidas quanto à importância da LGPD no ordenamento jurídico brasileiro, vindo somar aos demais diplomas esparsos, que integram o Direito Digital brasileiro. Contudo, muito ainda precisa ser feito para a efetiva tutela dos dados pessoais não apenas na seara pública, mas também na privada, com a difusão de informações, conscientização dos sujeitos envolvidos e, principalmente, capacitação dos servidores públicos federais, sob pena de se tornar letra morta o texto de lei.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de *et. al.* A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta. **UFSC**. 2014. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_protecao_de_dados_pessoais_na_sociedade_informacional_brasileira.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.

BIONI, Bruno. **Proteção de Dados Pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BORGES, Abimael. Lei Carolina Dieckmann - Lei nº. 12.737/12, art. 154-A do Código Penal. **JusBrasil**, 2015. Disponível em:

<<https://abimaelborges.jusbrasil.com.br/artigos/111823710/lei-carolina-dieckmann-lei-n-12737-12-art-154-a-do-codigo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%20Compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**: Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 330, de 2013**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113947>>. Acesso em: 15 set. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz S. O novo crime de invasão de dispositivo informático. **Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico>>. Acesso em: 18 set. 2020.

CAPRA, Caroline. 5 dicas para se adequar à LGPD. **Migalhas**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313957/5-dicas-para-se-adequar-a-lgpd>. Acesso em: 15 set. 2020.

CARLONI, Giovanna Louise Bodin de Saint-Ange Comnène. **Privacidade e Inovação na Era do Big Data**. 2013, 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12664/Giovanna%20Louise%20Bodin%20de%20SaintAnge%20Comn%C3%A8ne%20Carloni.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 18 set. 2020.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de dados Pessoais comentada**. São Paulo: Thomson Reutter, Brasil, 2018.

GUYNEMER, Rodrigo. A LGPD e seus efeitos no setor público. **Serpro**, 2019. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/lgpd-setor-publico-efeitos>>. Acesso em: 12 set. 2020.

LEVANTAMENTO da ICTS Protiviti aponta, ainda, que 71,9% das companhias não possuem domínio sobre os dados que possui. 58% das pequenas empresas não estão preparadas para a LGPD. IT Fórum, 2020. Disponível em: <https://itforum365.com.br/58-das-pequenas-empresas-nao-estao-preparadas-para-a-lgpd/>. Acesso em: 15 set. 2020.

LIMA, José Jerônimo Nogueira de. A estrutura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados: desafios para a efetividade da LGPD. **Conteúdo Jurídico**, 2020. Disponível em: [< https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/phpjP4VB0.pdf/consult/phpjP4VB0.pdf >](https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/phpjP4VB0.pdf/consult/phpjP4VB0.pdf). Acesso em: 12 set. 2020.

MONTEIRO, Renato Leito. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada. **Jota**, 2018. Disponível em: [< https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protacao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018 >](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protacao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018). Acesso em: 10 set. 2020.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no ordenamento jurídico. **Revista dos Tribunais**, v. 998, ano 107, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2018.

ROSA, Tais Hemann da; FERRARI, Graziela Maria Rigo. Privacidade, intimidade e proteção de dados pessoais. **Uenp**. 2015. Disponível em: seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/495/pdf_69. Acesso em: 10 set. 2020.

TAVARES, Letícia Antunes; ALVAREZ, Bruna Acosta. Da proteção dos dados pessoais no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 162, jul. 2017. Disponível em: [< http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19140 >](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19140). Acesso: 18 set. 2020.

NOTAS:

[1] Qualificação Acadêmica e Profissional: Graduado em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA, Cursando Mestrado Profissional em Engenharia de Software pelo Centro de Estudos e Sistemas Avançados do Recife – CESAR SCHOOL, Servidor Público Federal (SUFRAMA) e fiscal técnico de contrato de fábrica de software.

A CONTINUIDADE DA RELAÇÃO SOCIOAFETIVA APÓS QUEBRA DO VÍNCULO CONJUGAL

LUCIMARA ANDREIA MOREIRA RADDATZ:

Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos Pela UFT/Esmat; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UniRitter; Graduada em Direito pela URCAMP. Professora Assistente do Curso de Direito da UFT – Palmas -TO

GABRIÉLI ARAÚJO MOREIRA[1]

RESUMO: Este estudo trata sobre a relação socioafetiva e a sua eficácia no mundo jurídico em relação aos que são beneficiados. O seu objetivo de forma mais ampla é demonstrar que as relações humanas mudam de acordo com o tempo e que o sistema jurídico deve se adequar ao caso concreto, tratando com isonomia cada relação socioafetiva pensando no melhor interesse para a criança. O presente estudo tem o escopo de trazer à tona com base na doutrina, legislação e jurisprudência a forma como são vistos os novos modelos de família existentes nos tempos atuais e como o Direito se modifica ao se deparar com essa questão. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando a legislação pátria, estudo de artigos científicos, bem como fazer um comparativo de doutrinas a fim de concluir o estudo, com amparo da jurisprudência vigente, sobre as decisões que veem sido emanadas pelos tribunais.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O que é a socioafetividade e como ela se desenvolve na vida da criança; 3. A base jurídica da socioafetividade; 4 – A responsabilidade da criação do filho socioafetivo após quebra do vínculo conjugal; 5 – A responsabilidade da criação do filho socioafetivo após quebra do vínculo conjugal; 6 – Considerações finais; 7 - Referências

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a dificuldade em manter o vínculo afetivo quando o parente socioafetivo já não faz parte do núcleo familiar, buscando assim entender como seguirá a responsabilidade deste em relação ao menor e, se a criança ainda mantém o afeto e o desejo de sua companhia.

Quando acontece a dissolução da união dos pais biológicos, é comum que os pais entrem em novos relacionamentos, trazendo assim um novo membro ao convívio dos filhos. Assim, com a socioafetividade, a criança acaba criando laços com

os novos cônjuges dos pais e inicia a relação socioafetiva podendo, neste caso, ser incluído o nome dos novos pais no registro de nascimento dessa criança.

Se a criança for menor de 12 anos, o processo de colocação desse novo pai/mãe no registro deve ser feito judicialmente, mas após 12 anos completos a criança pode opinar se deseja incluir os nomes dos pais socioafetivos. Seria correto essa decisão ser colocada sobre um ser ainda considerado absolutamente incapaz pelo código civil? Como fica quando a criança decide não mais ter contato com os pais socioafetivos? Pode o Judiciário obrigá-lo a manter uma visitação?

A definição de socioafetividade se resume na relação de afeto, entretanto, se o afeto do menor não mais existe ou se a relação marital entre seus pais se desfaz e os pais socioafetivos contraem outra família, como manter a socioafetividade dividindo a criança em 4 lares diferentes e com famílias diferentes? Como conciliar, por exemplo, uma viagem para o exterior com o pai biológico quando o pai socioafetivo não concorda?

Em regra, tem-se que pai é pai, sem distinção no registro e nas responsabilidades, mas seria adequado dizer que uma criança que manteve uma relação socioafetiva por 2 anos e incluiu o nome da pessoa em seu registro manterá a relação de afeto após a separação?

Tem-se como objetivos específicos analisar a socioafetividade como forma de vínculo eterno e a responsabilidade em manter o relacionamento com a criança mesmo após a quebra do vínculo conjugal.

A metodologia empregada é o hipotético-dedutivo buscando com o auxílio do Código Civil, jurisprudências e doutrinas, entendimentos para efetivar a socioafetividade como uma relação jurídica viável mesmo quando os pais não mantêm mais uma união conjugal.

2. O QUE É A SOCIOAFETIVIDADE E COMO ELA SE DESENVOLVE NA VIDA DA CRIANÇA.

O afeto é uma das bases sociais de uma família, uma união entre duas pessoas inicia através do afeto que uma sente pela outra, basicamente, sem afeto não existe união, não se cria laços, sem afeto não se inicia uma família, e com este pensamento, foi-se trabalhando no mundo jurídico como resguardar uma criança e ao mesmo tempo não impedi-la do afeto de um novo ciclo familiar em sua vida, como por exemplo o de um padrasto/madrasta. Os vínculos eram muito mais pessoais do que jurídicos, criava-se o filho de outra pessoa como se seu fosse e nada mais, sem direitos jurídicos. O fato de um padrasto/madrasta ter uma relação como se filho fosse nada

ajudava a criança a receber, por exemplo, uma herança, ou ter direito ao plano de saúde, ela era na vida do parente socioafetivo, apenas um “parente distante”.

Acerca do conceito de afetividade, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

[...] a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada (MALUF, 2012. p. 18).

Por força da legislação, não era permitido que um padrasto ou madrasta, participasse da vida de seu enteado no plano jurídico, ele poderia participar da criação, vida, necessidades financeiras, mas nada dava direito a ter uma relação de parentalidade com a criança. Seria apenas o padrasto/madrasta para o resto da vida ou enquanto durasse a relação. O ordenamento jurídico brasileiro evoluiu muito nesse quesito, pensando no bem da criança e no quanto algumas mudanças poderiam beneficiá-la de maneira satisfatória.

Esse entendimento foi objeto de estudo de João Batista Villela que com muita propriedade discorre que:

A consanguinidade tem, de fato, e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen (VILLELA, 1997. p. 85).

Muitas vezes, quando há uma separação entre os pais, nem sempre a figura dos dois permanece na vida da criança, que normalmente fica apenas com um deles, portanto com a falta de um dos pais, o outro ao entrar em um novo relacionamento acaba construindo para este filho um novo vínculo afetivo, que em muitos casos se torna o único. Para a criança, pode surgir uma confusão, já que uma pessoa que faz o papel de pai/mãe, mas não tem esse nome. Como seria explicar a esta criança o que esta nova pessoa significa em sua vida? Se torna ainda mais preocupante quando no relacionamento a mãe se casa e tem um novo filho com o padrasto por exemplo,

tendo assim todos sobrenomes diferentes do filho do outro casamento. Pode parecer algo sem importância, mas que na vida de uma criança afeta drasticamente o seu pensar (SANTOS, 2014)

Com estes acontecimentos, vimos surgir juridicamente a figura da socioafetividade, que segundo Suzigan (2015) nada mais é que a filiação pelo afeto, ou seja, a verdade aparente. Nada de envolvimento biológico, sem sangue do sangue, apenas carinho, afeição, relacionamento diário, ajuda financeira, o entendimento por quem os vê, como uma família.

Welter, ao discorrer acerca do tema, ensina:

Filiação afetiva pode também ocorrer naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção, denominado filho de criação, (des)velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, "cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto". (WELTER, 2002, p. 133).

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.596 definiu o que seria filiação e proibiu qualquer distinção entre filhos dentro e fora do casamento ou adotados, "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (BRASIL, 2002). Já o artigo 1.593 também do Código Civil, explicou que o parentesco natural poderia resultar por outra forma que não fosse a consanguinidade, surgindo assim o parentesco por afinidade.

No entanto, somente era possível algum registro da criança com o nome do seu parente socioafetivo com a adoção, o que acabava com o vínculo anterior da criança, surgindo assim uma nova certidão, outra identidade que apagava o que antes existia. Esse choque jurídico nem sempre era bem visto pela parte que perdia seus direitos sobre o filho, o que acontecia sem observar os devidos tramites legais pela parte interessada em fazer a alteração, ou seja, a guardiã da criança.

§ 3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.

§ 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro. (BRASIL, 2009)

Cassettari em sua obra discorre sobre as alterações da perspectiva sobre a criança que passou a ser protegida e transformada efetivamente em sujeito de direito:

A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou a criança em sujeito de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos filhos havidos por adoção. (CASSETTARI, 2015, P. 15).

Pensando nos benefícios para a criança, entendimentos foram surgindo, precedentes foram abertos, e com o tempo foi-se criando uma leva de processos no judiciário onde um parente socioafetivo queria entrar na vida da criança de forma permanente, sem excluir o vínculo biológico. Embora tenha sido constatado uma certa dificuldade, foi-se permitindo uma entrada mais vigorosa de um terceiro registro na certidão de crianças que mantinham um vínculo afetivo, no início, apenas o judiciário autorizava uma mudança na certidão de nascimento. Mas no ano de 2017, um novo provimento do CNJ número 63/2017 instituiu novos modelos nacionais para as certidões de registro civil a qual estabelece considerando a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como a fundamentação da filiação civil (CNJ,2017)

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

[...]

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diversos daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação. (BRASIL, CNJ 63/17).

Ramos ao explicar o conceito o princípio da dignidade a pessoa humana, descreve como “[...] primeiro artigo da nossa Carta Magna (art. 1º, III, CRFB/1988)19 e é a base do Estado Democrático de Direito. Não há de se pensar em direito sem associar ao conceito da dignidade da pessoa humana.”

Hoje em dia é possível alterar a certidão de nascimento, no registro civil das pessoas naturais, de forma simples, acrescentando o nome do parente socioafetivo sem retirar o biológico. Este novo procedimento traz uma facilidade para quem antes deveria acionar o judiciário e esperar um tempo consideravelmente longo para tornar possível a alteração na certidão. No provimento do CNJ, alguns detalhes devem ser levados em consideração, como a idade mínima para tal, que deverá ser de 18 anos, assim como a diferença etária entre o parente socioafetivo e a criança que deverá ser de no mínimo 16 anos. Também será analisada a idade da criança que após os 12 anos deve consentir com a alteração. Esses detalhes auxiliam para garantir a melhor proteção da criança, já que a filiação socioafetiva é irrevogável (Lei nº 11.924, 2009).

Ressalta-se que quando a criança mantém o vínculo com a parte biológica a qual não ficou com a sua guarda, seguindo sua rotina diária, com visitas frequentes, auxílio moral e material, não fica tão afetada com a separação, e o novo parente socioafetivo acaba virando algo a mais em sua vida, auxiliando na sua rotina como um suporte àquele que não está mais presente diariamente, mesmo assim todos ao seu redor sabem quem realmente é seu pai/mãe, é conhecido de todos que aquela pessoa é o padrasto/madrasta. Mas, em muitos casos, acontece da criança perder o vínculo com aquele que não ficou com sua guarda, por vários motivos, ou a pessoa desiste da família, ou vai morar em outra cidade ou país, só visita a criança em finais de semana intercalados, vários fatores acabam atrapalhando a relação e assim, quando o guardião inicia um novo relacionamento, este parceiro acaba fazendo a parte do que foi embora, e para a sociedade em geral, aquela pessoa acaba virando pai/mãe daquela criança, pois é o único visto com ela diariamente (MAGALHÃES, 2012, p. 87 a 90).

Esta forma de parentalidade, hoje em dia muito normal, acabou virando assunto no judiciário, pois com o fato da criança estar com alguém que cuida dela como se pai/mãe fosse mas que por nada pode responder legalmente e, não tem o vínculo jurídico que gostaria de ter com a criança que por muitas vezes chama de filho, foi-se determinando um direito a estas pessoas, auxiliando assim a criança ter um vínculo formal com aquele que a cria, neste contexto, segundo Lôbo:

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida,

comprometendo a realização do princípio da dignidade humana (LÔBO apud FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 58).

O comprometimento com a criança deve ser o principal fator para se estabelecer o vínculo afetivo, o novo parente afetivo deve ter a consciência de que entrará na vida daquela criança para sempre, tanto no plano jurídico como no afetivo, não será algo que acabará quando o relacionamento com o cônjuge cessar, é algo para a vida inteira (GODOY, 2018)

Neste sentido, Dias comenta:

Trata-se de um ato voluntário, que gera os deveres decorrentes do Poder Familiar. Embora o valor do liame registral, hoje, seja inferior ao valor do liame socioafetivo, ainda é a principal fonte de direitos e deveres: gera dever de alimentos e de mútua assistência, alicerça o direito sucessório e as limitações legais que regulam atos jurídicos entre ascendente e descendentes.(DIAS, 2011, p. 332).

Desta forma, resta claro o entendimento que mesmo após a cessação do casamento, ou da união estável com o parceiro guardião da criança, os laços, tanto afetivos como financeiros com a criança não serão desfeitos, a obrigação de manter aquela criança deverá ser eterna, assim como a obrigação da criança em cuidar o parente socioafetivo depois na sua velhice quando não puder mais se manter por conta própria. A reciprocidade no tratamento se faz igual ao que seria se biológico fosse, dessa forma infere-se que o parentesco socioafetivo gera todos os efeitos como se natural fosse. (BARBOSA, 2013, p. 13 a 14)

Essa proteção jurídica a que se refere anteriormente, foi trazida com o advento da Constituição Federal de 1988 a qual ao afirmar que todos os filhos são iguais não importando sua origem, definiu que se registrado por um parente socioafetivo como se filho fosse, nada mais poderia intervir neste vínculo, tornando assim eterno e com todos os direitos como se biológico fosse (CF/88)

Antes da Constituição Federal de 1988 os filhos havidos fora do casamento não tinham os mesmos direitos que os de pais casados, eles eram vistos de duas formas, filhos legítimos e ilegítimos, os legítimos, eram aqueles advindos do casamento e o ilegítimos eram os filhos havidos fora do casamento, mesmo que de uma união estável (BASSO, 2018).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, descreve a nova abordagem do direito acerca das relações, com base no interesse da criança:

[...]com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente, o direito à convivência familiar. (GAMA, 2008. p. 348.)

Por isso a forma como vemos hoje a criança é bem diferente de antes de 1988, pois hoje, é proibida qualquer distinção entre os filhos ainda que provindos de uma traição, adotados, de união estável, do casamento etc. As diferenciações agora relacionadas aos filhos são apenas decorrentes da consanguinidade, fato este que segundo Tavares:

[...] é natural se decorrente apenas da consanguinidade; pai e filho são parentes naturais; seu parentesco foi criado pela própria natureza, através do sangue. O parentesco civil é aquele que tem outra origem, como antes visto, no qual se enquadra o instituto da adoção. Pai e filho adotivo são parentes civis; a relação jurídica que os vincula é produto exclusivo da lei, que procura imitar a natureza. (Tavares 2012, p. 421).

Portanto, o parentesco socioafetivo seria um parentesco civil no direito de família, pois nada tem a ver com consanguinidade e afetividade entre as partes, delimitando civilmente mas nunca excluindo algum direito da criança, que será tratada tanto pelo parente socioafetivo como pela sociedade e pelo mundo jurídico como se filho fosse, com a proibição de qualquer distinção como explica Carlos Roberto Gonçalves (2012, p 17), no que diz respeito a vida da pessoa humana, o direito de família é o que se encontra mais incorporado, pois durante a vida constituem-se núcleos familiares, os quais perduram por toda a vida.

O direito de família como o nome diz, se baseia no instituto familiar, com a intenção de regular os direitos e estabelecer normas de convivência, a importância do direito de família com a criança está principalmente nas relações entre o relacionamento parental, onde sempre é visto o que será melhor para a criança como indivíduo de direitos que é (CC, art. 1.511 a 1.638).

3. A BASE JURÍDICA DA SOCIOAFETIVIDADE

A socioafetividade existe há muito tempo, pois a base para sua existência não é jurídica e sim emocional, no entanto, a sua juridicidade começou a ser questionada nas doutrinas ao analisar como enquadrar um relacionamento entre pais e filhos não biológicos. Surgiram muitas dúvidas se existiria uma prevalência da paternidade biológica em relação a socioafetiva e neste contexto, Almeida explica:

A questão da paternidade afetiva tem sido objeto de discussão nas ações negatórias de paternidade. Formada quer pela vontade do pai, quer por situação fática, não pode a paternidade afetiva ser desconsiderada e rompido o vínculo parental que ela criou. (ALMEIDA, José 2008, p. 179)

Qual seria a forma correta de lidar com essa estrutura familiar, quais direitos e deveres teriam essas pessoas em relação aos seus filhos, existiria uma inferioridade neste conceito de família, teriam menos direitos do que um pai ou mãe biológicos? Muitas perguntas foram surgindo e com isso as doutrinas foram esclarecendo como a socioafetividade influencia a vida de todos que se envolvem numa nova estrutura familiar, assim, explica Rui Geraldo Camargo Viana que deve ser analisado o melhor interesse para a criança e que se assim for considerada que a paternidade afetiva resta mais interessante ao bem estar da criança, esta deve prevalecer até mesmo em detrimento da biológica em respeito à dignidade da pessoa humana, como discorre Viana:.

Não obstante isso, por força da mesma norma e em nome do melhor interesse da criança, dúvidas não pairam que deve prevalecer a paternidade afetiva até mesmo em detrimento da biológica, sempre que a primeira se revelar o meio mais adequado de realização dos direitos constitucionais assegurados à pessoa humana. (VIANA, Rui 2010. p. 495-496)

Assim, foi-se criando um novo estudo sobre a socioafetividade, com sua base na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 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 [...]”.

Neste sentido, levamos em consideração o princípio da isonomia, não diferenciando pais biológicos de pais afetivos.

O aspecto afetivo do relacionamento entre pai e filho está relacionado não só com a consanguinidade, o fato de ser sangue do sangue não quer dizer que tenha afeto, muitas vezes inclusive a falta de afeto é uma das causas da criança ser retirada da família biológica e fique sob a guarda do governo sendo então colocada num lar adotivo onde encontrará o carinho que necessita, neste caso, com a destituição do poder familiar biológico, nada se fala sobre socioafetividade ou multiparentalidade. Surge para a família adotiva um novo início com aquela criança que quando crescer,

pode querer conhecer sua família biológica não perdendo o vínculo afetivo com os pais adotantes, neste sentido, Christiano explica que:

[...] tal direito tenha que ser de mão dupla, haja vista que reconhecê-lo somente aos filhos seria dar uma interpretação inconstitucional ao instituto, em decorrência do princípio da isonomia, consagrado como uma garantia fundamental [...] Se todos são iguais perante a lei, não podemos fazer distinção entre pais e filhos, tentando valorar a importância do afeto para um ou outro, já que existe importância desse valor jurídico para ambos. Não podemos esquecer que o direito à igualdade é uma garantia fundamental, prevista em cláusula pétrea, e que qualquer interpretação contrária a isso afrontaria nossa Constituição Federal. (CASSETTARI, Christiano, 2015 p. 17-18).

O princípio da dignidade da pessoa humana, qualidade que sempre esteve presente nas pessoas e é um princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, garante o valor moral no sentido de que se deve sempre garantir o melhor para a criança. As normas devem ser interpretadas em conjunto de forma que a Constituição Federal seja basilar aos dispositivos infraconstitucionais, principalmente no tocante às garantias fundamentais. Cassettari discorre sobre o tema:

Com isso, verifica-se serem plenamente aplicáveis ao Direito Privado as regras constitucionais, e, em especial, as garantias fundamentais. Por esses motivos, em razão da constitucionalização do Direito Civil, temos que interpretar o Código Civil à luz da Constituição Federal. No Direito de Família isso não é diferente, pois uma de suas consequências é verificar que o conceito de família é plural, não existindo entre as várias formas existentes nenhum tipo de hierarquia, pois todas são amparadas pela Carta Magna (CASSETTARI, 2015, p. 18).

Ainda que as normas originárias acerca de filiação estivessem previstas no Código Civil, em razão dos princípios e garantias constitucionais inerentes às pessoas, a sua ampliação foi sendo necessária para atendimento das novas conjecturas familiares e um novo prisma de proteção foi sendo vislumbrado e acolhido pela doutrina e pelo Judiciário (SANTANA, 2015)

O Superior Tribunal de Justiça em decisão de caso que envolveu o reconhecimento da tese da parentalidade socioafetiva, embasou na necessidade da aplicação do princípio da dignidade humana como base jurídica da socioafetividade,

consoante a ementa de negatória de paternidade onde foi reconhecida a “adoção à brasileira”, reconhecendo que este tipo de adoção se encontra à margem do ordenamento, foi reconhecido que a socioafetividade existente entre pai e filho, que foi registrado, não poderia ser desfeito por motivo qualquer como esclarece a jurisprudência “vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora”

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A chamada "adoção à brasileira", muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora. 2. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 3. No caso, ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. De tudo que consta nas decisões anteriormente proferidas, deduz-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre na origem, por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas. 4. Com efeito, tal providência ofende, na letra e no espírito, o art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual não se pode "vindicar estado contrário ao que resulta do registro de

nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro", do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. Se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 5. A manutenção do registro de nascimento não retira da criança o direito de buscar sua identidade biológica e de ter, em seus assentos civis, o nome do verdadeiro pai. É sempre possível o desfazimento da adoção à brasileira mesmo nos casos de vínculo socioafetivo, se assim decidir o menor por ocasião da maioridade; assim como não decai seu direito de buscar a identidade biológica em qualquer caso, mesmo na hipótese de adoção regular. Precedentes. 6. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1352529 SP 2012/0211809-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/02/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2015).

Note-se que no entendimento expresso no julgado o interesse do menor é nitidamente preservado sob a proteção dos direitos fundamentais, inclusive se assim o entender, poderá postular o reconhecimento ao pai biológico em sua maioridade.

Com essa nova visão ampla da parentalidade, podemos afirmar que a família moderna possui amparo nos princípios constitucionais, entre eles o da solidariedade, contido no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, que fundamenta a existência da afetividade em seu conceito e existência concede à família uma função social importante, que é a de valorizar o ser humano (CF/88).

Pode-se consignar que os princípios constitucionais são a base jurídica da nova interpretação sistemática das normas que abarcam a importância jurídica da socioafetividade e o reconhecimento jurídico dela para o favorecimento das relações humanas nos novos contextos familiares.

4 – A RESPONSABILIDADE DA CRIAÇÃO DO FILHO SOCIOAFETIVO APÓS QUEBRA DO VÍNCULO CONJUGAL

É cristalino que o filho, socioafetivo ou biológico, jamais deixará de ser filho. Agora, o que torna necessário assegurar, é a criação desse filho após o rompimento de uma união conjugal em que o pai socioafetivo precisa de resguardo jurídico para conseguir manter o menor em sua vida. Já existem diversas solicitações em nossa

jurisprudência em que o parente socioafetivo requer o direito de visitação ao filho, tendo aquele resguardado o direito em relação a este como se verifica a seguir:

Apelação cível. Ação de regulamentação de visitas. Mãe de criação interdita. Relação socioafetiva. I – O direito deve acompanhar a evolução da sociedade, de modo que o conceito de família não mais pode ser restringido às relações consanguíneas. Relevante reconhecer a relação socioafetiva, baseada no afeto, no carinho, no amor, pelos quais as pessoas se tornam pais e filhos do coração, havendo, portanto, uma desbiologização do conceito de família, a semelhança do que expressamente é previsto na legislação civil de outros países com a chamada “posse de estado de filho”. II – No caso dos autos, tendo em vista que restou comprovado que os apelantes são filhos de criação da interdita, a qual está sendo impedida de ter contato com eles pela sua curadora, necessário que se estabeleça judicialmente o direito à visitação, a fim de contribuir para a reaproximação entre eles e fortalecer os laços de afetividade. Apelo conhecido e provido (TJGO; AC 492802-77.2008.8.09.0152; Uruaçu; Rel. Des. Fernando de Castro Mesquita; DJGO 11.5.2011; p. 130).

O direito a visitas é concedido até mesmo para visitas de pais socioafetivos que se encontram encarcerados conforme recurso de agravo que obteve provimento unânime:

RECURSO DE AGRAVO. DIREITO DE VISITA. ENTEADO DO SENTENCIADO. CRIANÇA COM DEZ ANOS DE IDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO COMPROVADO. VISITA CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO. 1. De acordo com a Portaria número 11/2003, alterada pela Portaria número 17/2003, é permitido o ingresso nos estabelecimentos prisionais de menores a partir de 1 (um) ano até 18 (dezoito) anos, independente de pedido individual, apenas para visitar o pai ou a mãe. 2. Comprovado o vínculo de filiação socioafetivo entre enteado e padrasto, o reconhecimento do direito de visita é medido escoreita. 3. Recurso provido.

(TJ-DF 20160020489272 0051786-58.2016.8.07.0000, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento:

02/02/2017, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação:
Publicado no DJE : 06/02/2017 . Pág.: 684/692).

Em casos de divórcio, até mesmo a guarda pode ser concedida ao pai/mãe socioafetivo, não se fazendo diferença entre biológico ou socioafetiva.

Então, verifica-se a possibilidade de um pai socioafetivo obter a guarda da criança mesmo ela mantendo o contato com o pai biológico, assim diz CASSETARI:

[...] tanto o pai quanto a mãe socioafetivos terão direito à guarda do filho, pois não há preferência para o exercício da guarda, unilateral ou compartilhada, de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, pois o que deve ser atendido é o melhor interesse da criança. (CASSETARI, 2015, p. 126).

Juridicamente, ao iniciar a paternidade, não há possibilidade de retirada do parente do registro, entretanto em casos em que não existe esse vínculo, ou há alguma indução ao erro, o judiciário assegura o direito tanto do pai induzido ao erro, quanto do filho retirar seu nome dos registros. Este é o entendimento predominante e assim consente Cassetari ao dizer “em veneração à verdade real, inexistindo socioafetividade e vínculo biológico, não há o que fazer senão permitir a retirada do pai ou da mãe do registro de nascimento, lembrando que isso dependerá de uma rigorosa instrução processual.”

Os casos devem ser analisados sempre levando em conta o bem integral da criança, e o seu consentimento ao aderir o nome de um parente socioafetivo, deve ser analisado quando a criança, após 12 anos completos, absolutamente incapaz, pode não saber a importância de tal ato. Entretanto, devemos considerar que, como seres em constante desenvolvimento, a sua opinião deve ser considerada, que positiva ou negativa, pois são titulares de interesses perante a família, assim define Lépoire:

(...) contemporaneamente, o Direito da Criança se assenta na premissa da proteção integral, ideia segundo a qual a capacidade dos infantes vai progredindo ao longo do tempo, de modo que disciplinas jurídicas estanques e simplistas não são consideradas suficientes para explicar o gozo e o exercício de direitos por parte dos infantes. (LÉPOIRE, 2018, p. 250).

Considerando também, o princípio do melhor interesse da criança, que deve garantir a liberdade de convivência familiar e comunitária, assegurando com prioridade seus direitos conforme explicita a Constituição Federal

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Salientando a importância do bem estar da criança e, do direito a convivência plena e familiar, cria-se a necessidade de questionar o que acontece quando esses direitos não são assegurados? Ou, qual o procedimento jurídico quando acontece o abandono afetivo por parte de um parente tanto biológico quanto socioafetivo?

A resposta vem em forma de julgado; A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça tornou possível a indenização pecuniária por dano moral resultante de abandono afetivo. A decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi que reconheceu o abandono afetivo de um pai em relação à filha utilizando a seguinte frase “Amar é faculdade, cuidar é dever”, garantiu a autora, após ser reconhecida a paternidade em processo judicial, uma indenização de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por abandono material e afetivo durante sua infância e adolescência. A decisão, inédita no ano de 2012, estabeleceu que apesar de não ser possível mensurar a perda emocional e psíquica sofrida por todo o tempo em que não teve o afeto do pai, se pode garantir uma indenização pela falta de comprometimento e responsabilidade deste pai para com o filho abandonado, sendo garantido a este uma indenização pelo abandono. Assim entende a Ministra Nancy:

[...]indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança”, explicou.

“E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão

tênue a ponto de não sustentar, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não”. (REsp 1159242/SP, Rel.

Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

O abandono afetivo é algo comum na história brasileira. A falta de contato, principalmente com o pai biológico é tido como normal na nossa cultura, assim a socioafetividade tem um papel muito importante na vida das famílias, restaurar o vínculo afetivo, tão importante na vida de uma criança.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho permite concluir que afetividade traz benefícios não somente ao parente que decide aceitar aquela criança para ser seu filho por toda vida, mas também, para a criança que tem agora na figura deste pai/mãe socioafetivo alguém para confiar e amar.

O fato da criança ter apenas 12 anos e consentir com a socioparentalidade demonstra que a sua opinião tem importância e a faz parte desta importante mudança que será eterna em sua vida, não sendo verificado, até o momento, algo negativo deste ato tão simples para fazer, mas tão cheio de significado para quem o recebe. Assim, vale ressaltar, a socioafetividade traz nas relações modernas, um novo e importante patamar familiar, a família reestruturada em que 2 pais e 2 mães conseguem manter uma relação saudável e amigável em benefício dos filhos, que não tem diferenciação com estigmas de adotado, biológico, socioafetivo, ou qualquer outro que já existiu. Filho é filho.

O relacionamento baseado em sangue ou socioafetividade é visto como algo eterno sem a chance de posterior arrependimento, mesmo com erro de indução, se existe a socioafetividade, essa prevalece em relação ao erro devendo ser mantida.

Não se pode garantir o amor de um pai/mãe com os filhos, mas aqueles não o têm, estes podem sim requerer judicialmente uma indenização por abandono afetivo.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito Civil: família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 179.

BARBOSA, Heloisa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. Rio de Janeiro, 2013, p. 13 a 14.

BASSO, Gustavo Henrique. **Da filiação fora do casamento e da adoção.** <https://www.lex.com.br/doutrina_27537128_DA_FILIACAO_FORA_DO_CASAMENT_O_E_DA_ADOCAO.aspx> Acesso em 24/05/2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 05/10/1988.

_____. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 16/05/2020.

_____. 63/2017 **CNJ Provimento Nº 63 de 14/11/2017** <http://www.cnj.jus.br/busca-atosadm?documento=3380> acessado em 17/05/2020 19:08.

_____. Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, **para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm acessado em 21/05/2020. Acesso em: 21/05/2020.

_____. **STJ - REsp: 1352529 SP 2012/0211809-9**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/02/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015 19:26.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito da família.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 365.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 7. ed., rev. amp. e aum. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 348.

GODOY, Marissol Galvão. **Parentesco socioafetivo nas famílias reconstituídas e os reflexos jurídicos com o reconhecimento da multiparentalidade.**

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19865
> Acesso em 24/05/2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 17.

LÉPORE, Paulo. "**Capacidade progressiva de crianças e adolescentes: o exercício pessoal de direitos antes da maioridade**". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFam, 2018. p. 250.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18.

TAVARES, Regina Beatriz – **Curso de direito civil, 2: direito de família** / Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva.- 42. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **Da relatividade do exame de DNA para reconhecimento de filiação**. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu et al. (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 495-496.

VILLELA, João Batista. *Família Hoje*. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto. In: BARRETO, Vicente (Org.) **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 85.

SANTANA, Clara Vanessa Maciel de Oliveira e Rocha. **A família na atualidade: novo conceito de família, novas formações e o papel do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Família)**. Aracaju, 2015, p. 4.

SANTOS, Mariana Monteiro Silva. **Os Efeitos do Divórcio na Família com Filhos Pequenos**. <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/os-efeitos-do-divorcio-nafamilia-om-filhos-pequenos>> Acesso em 23/05/2020 16:15.

SUZIGAN, Thábata Fernanda, **DIREITO DE FAMÍLIA** <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9204/Filiacao-socioafetiva-e-multiparentalidade> acessado em 23/05/2020 16:30.

WELTER, Belmiro Pedro. **Filiação biológica e socioafetiva: igualdade**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 2002.

NOTA:

[1] Especialista em Direito da Família e Sucessões do Centro Universitário Dom Bosco, Graduada em Direito pela URCAMP

A ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

CAROLINA ZANDONAI: bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional/Ibmec São Paulo e advogada, OAB/SC 56.399

RESUMO: O presente artigo científico tem como objeto o estudo da arbitragem no direito brasileiro. Para isso, foram abordados aspectos gerais acerca da arbitragem como a convenção de arbitragem que possui meios diferentes de serem convenionadas, a sua evolução histórica no direito brasileiro, o procedimento adotado com as suas flexibilidades, bem como os requisitos da sentença arbitral, destacando-se que esta possui o mesmo valor e segurança de uma sentença judicial. Também foi abordado alguns dos princípios que norteiam a arbitragem. Na metodologia foi utilizado o método indutivo. Ao final, constatou-se que esta modalidade de resolução de conflito extrajudicial vem sendo eficaz no direito brasileiro.

Palavras-chaves: Solução de Conflito. Arbitragem. Extrajudicial.

ABSTRACT: The purpose of this scientific article is to study arbitration in Brazilian law. For this, general aspects of arbitration were merged, such as the arbitration agreement that has a different means of being agreed, its historical evolution without Brazilian law, the procedure adopted with its flexibilities, as well as the requirements of the arbitral award, highlighting that it has the same value and security as a judicial sentence. Some of the principles that guide arbitration were also addressed. In the methodology used for the inductive method. In the end, it was found that this type of extrajudicial conflict resolution has been effective in Brazilian law.

Keywords: Conflict Solution. Arbitration. Extrajudicial.

SUMÁRIO: 1. Aspectos Gerais Acerca da Arbitragem; 2. Evolução Histórica no Brasil; 3. Procedimento; 4. Requisitos da Sentença Arbitral; 5. Alguns Princípios Aplicados a Arbitragem; 5.1 Autonomia da Vontade; 5.2 Contraditório; 5.3 Imparcialidade do Árbitro; 5.4 Devido Processo Legal; 6. A Efetividade da Arbitragem no Direito Brasileiro.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objeto o estudo da arbitragem no direito brasileiro, e seu objetivo é analisar a sua efetividade perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, abordou-se primeiramente aspectos gerais e relevantes acerca da arbitragem que pode ser convencionada por meio da cláusula compromissória ou compromisso arbitral, utilizada tanto por pessoas de direito privado quanto por aquelas de direito público, bem como sua evolução histórica, onde constatou-se ser um dos métodos de solução de conflitos extrajudiciais mais antigo do mundo.

Após, tratou-se dos requisitos da sentença arbitral que possui as mesmas validades de uma sentença judicial, inclusive, podendo ser executada judicialmente em casos de descumprimento, seguidos de alguns dos princípios que norteiam a arbitragem, sendo eles: autonomia da vontade, contraditório, imparcialidade do árbitro e devido processo legal.

Por fim, abordou-se acerca da efetividade da arbitragem no direito brasileiro, a qual se mostra eficaz e cada vez mais utilizada pelas pessoas, haja vista ser uma alternativa segura e mais célere comparada ao Poder Judiciário que, como é sabido, devido ao grande volume de processos acaba sendo mais lento.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a arbitragem no direito brasileiro.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação[1] foi utilizado o Método Indutivo[2], na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano[3], e, o Relatório dos Resultados expresso no presente artigo científico é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente[4], da Categoria[5], do Conceito Operacional[6] e da Pesquisa Bibliográfica[7].

1. ASPECTOS GERAIS ACERCA DA ARBITRAGEM

A arbitragem, regulamentada pela Lei 9.307/96, é um meio alternativo de solução de conflitos, onde as partes que possuem uma relação contratual entre si, todas capazes de acordo com as regras do Código Civil, estabelecem mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral que havendo conflito de interesses, este será solucionado por um juízo arbitral.

Para o autor Carlos Alberto Carmona, a arbitragem pode ser definida como[8]:

Uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Destaca-se, por oportuno, que a cláusula compromissória é aquela estabelecida no contrato ou outro documento ligado a ele a fim de dirimir eventuais conflitos que venham a surgir entre partes, ou seja, futuros, já o compromisso arbitral é estabelecido após o surgimento de um conflito, onde as partes optam em levar o caso à arbitragem, ou seja, um conflito que já está acontecendo.

Desde de o ano de 2015, mediante a Lei 13.129/2015, a arbitragem passou a poder ser utilizada tanto por pessoas de direito privado (física ou jurídica) quanto aquelas pessoas jurídicas de direito público, sejam elas direta ou indireta, desde que respeitado o princípio da publicidade.

As partes, em regra, podem ajustar se a arbitragem será de direito ou de equidade, inclusive, poderão estabelecer livremente as regras de direito a serem aplicados ao caso concreto na arbitragem, desde respeitados alguns limites, sendo eles: os bons costumes e a ordem pública. A exceção fica por conta das pessoas jurídicas de direito público, onde, a arbitragem será obrigatoriamente de direito.

A arbitragem de direito é aquela que o árbitro decide estritamente com base na Lei, já a arbitragem de equidade é aquela em que o árbitro relativiza a Lei e decide com base no que entender ser o mais justo, para tanto, as partes devem expressamente autorizar a arbitragem de equidade.

Finalmente, importante salientar que o árbitro poderá ser escolhido pelas partes, sempre em número ímpar de modo a evitar empates, desde que seja pessoa maior de idade, em pleno gozo das faculdades mentais.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

O instituto da arbitragem, como uma forma de resolução de conflito extrajudicial, é uma das mais antigas do mundo, isso porque, foi utilizado nos tempos da antiguidade e da idade média por diversos países, no entanto, aqui, será tratado mais especificamente da evolução histórica da arbitragem no direito brasileiro.

No Brasil, encontramos a arbitragem desde a época da colonização portuguesa. A sua primeira aparição se deu na Constituição do Império, em 1824, ao estabelecer que as partes, mediante consenso, poderiam nomear juízes-árbitros para solucionar litígios cíveis, no entanto, tal decisão não era passível de recurso.

A Constituição Federal de 1934 passou a prever a competência da União para legislar sobre o assunto. Já a Constituição de 1937 permitiu que os Estados legislassem sobre a conciliação extrajudicial e as decisões arbitrais.

As Constituições Federais de 1891, 1946, 1967, 1969, nada mencionavam acerca da arbitragem, até que com o advento da Constituição Federal de 1988, a questão do juízo arbitral passou a ser motivo de dúvidas sobre a aplicabilidade ou não no Brasil, devido ao art. 5º, inciso XXXV, dispor que: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, no entanto, continuou sendo aplicada, até que a Lei 9.307/96 veio para confirmar a sua admissibilidade.

Há de se ressaltar ainda que o Código Comercial de 1850, fez menção a obrigatoriedade do uso da arbitragem no que tange as competências trazidas naquele Código, tendo o Código Civil de 1916 mantido tal previsão.

Já os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, pouco trataram sobre o assunto, apenas tendo tornado a arbitragem como uma forma facultativa de resolução de conflitos.

Os atuais Código Civil de 2002 e Código de Processo Civil de 2015, também preveem a aplicação da arbitragem de forma facultativa, sendo que o Código de Processo Civil de 2015 deu um enfoco maior a todos os métodos de soluções de conflitos, inclusive, a arbitragem.

Por fim, há de se mencionar que o Brasil em 1923 aderiu ao protocolo de Genebra o qual tratava dos compromissos e cláusulas compromissórias que obrigavam as partes contratantes, tendo sido signatário também da Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional, a qual foi assinada no Panamá no ano de 1975, bem como no ano de 2002 assinou convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e execução das decisões arbitrais estrangeiras.

3. PROCEDIMENTO

O procedimento arbitral inicia com o que muitos doutrinadores chamam de fase pré-arbitral, onde as partes convencionam a se submeterem a arbitragem mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Nesta convenção arbitral, seja qual foi a sua modalidade – cláusula ou compromisso – as partes envolvidas devidamente qualificadas devem estipular algumas questões, tais como: a escolha do (s) árbitro (s), lugar da arbitragem, objeto do litígio, lei a ser aplicada, ônus de sucumbência, etc.

Após vem o procedimento arbitral propriamente dito que se inicia quando o árbitro ou o tribunal arbitral dá (ão) o aceite para a nomeação conferida.

Destaca-se que, o árbitro é o juiz de fato e de direito e a sentença proferida por este fica dispensada de homologação pelo Poder Judiciário bem como não cabe recurso.

Instituída a arbitragem, e sendo do entendimento do árbitro ou do tribunal arbitral de que é necessário esclarecer questões dispostas na convenção da arbitragem, será elaborado um adendo, juntamente com as partes, o qual passará a ser parte da convenção outrora instituída.

Estando tudo alinhado conforme acima mencionado, o árbitro ou o tribunal arbitral deverá (ão) seguir o procedimento indicado pelas partes na convenção de arbitragem, e caso estes não tenham convencionado o processamento, caberá ao árbitro ou tribunal arbitral disciplinar a questão, respeitados os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento.

Destaca-se que, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral realizar a tentativa de conciliação entre os litigantes no início do processo, e em caso negativo de acordo, poderão, inclusive, tomar depoimentos das partes, testemunhas, realizar perícias técnicas ou determinar a realização de qualquer outra prova que se fizer necessária.

Os depoimentos sejam das partes ou das testemunhas, serão reduzidos a termo e assinado por estes e o (s) árbitro (s), e no desatendimento injustificado das partes para prestar o depoimento poderá ser levado em conta na hora de proferir a sentença, já no caso de testemunha que não comparece no dia e horário designado para seu depoimento, poderá o árbitro requerer a autoridade judiciária a sua condução forçada, desde que comprovada a existência da convenção de arbitragem.

Insta salientar ainda que a parte que desejar arguir questões relacionadas a competência, suspeição ou impedimento do (s) árbitro (s), bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem deverá fazer no primeiro momento em que tiver que se manifestar no processo, o qual será remetido ao poder judiciário para julgar a questão.

Reconhecida a suspeição ou impedimento do árbitro, este será substituído, e nos demais casos acima mencionados, as partes serão direcionadas ao poder judiciário competente para julgar a causa.

Não sendo acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, o processo de arbitragem continuará normalmente, sem prejuízo da apreciação pelo poder judiciário competente quando de eventual propositura de ação que vise a nulidade da sentença arbitral, nos casos que é permitida.

Caso o árbitro seja substituído no decorrer do processo, caberá ao novo árbitro designado decidir se repetirá as provas já produzidas ou se não há essa necessidade.

A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, inclusive, retroagindo à data em que foi instaurada a arbitragem, ainda que esta venha a ser extinta por ausência de jurisdição.

Por fim, salienta-se que a revelia da parte não impede que seja proferida a sentença arbitral.

4. REQUISITOS DA SENTENÇA ARBITRAL

A sentença arbitral deverá ser proferida no prazo estipulado pelas partes e caso estas não convençionem sobre o tema, deverá ser prolatada no prazo de seis meses contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro quando houver. Ressalta-se que, também é possível as partes e os árbitros estipularem prazo maior para que seja proferida a sentença.

A sentença deverá ter um breve resumo dos fatos, denominado relatório, após, os fundamentos da decisão, mencionando expressamente se os árbitros julgaram por equidade, seguido do dispositivo onde decidem acerca da controvérsia e, finalmente, encerrando a sentença com a data e o lugar em que foi proferida.

Nesta decisão, também será analisado quem pagará as custas e despesas com a arbitragem, inclusive, pagamento em decorrência de eventual litigância de má-fé, sempre respeitando a convenção da arbitragem.

Caso as partes venham a entrar em um acordo durante o processamento, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, mediante requerimento das partes, proferir sentença arbitral homologatória, observando-se os requisitos de relatório, fundamentos, dispositivo, data e local onde a sentença foi proferida.

Os árbitros podem proferir sentenças parciais, e em qualquer caso, as partes poderão no prazo estipulado por estas e na sua falta, no prazo de cinco dias, mediante comunicação à outra parte, requerer ao árbitro ou ao tribunal arbitral que corrija ou esclareça eventuais erros, obscuridade, contradição ou omissão na

sentença, bem como também é possível ingressar judicialmente com ação requerendo que o juiz prolate sentença complementar à arbitral nos casos que os árbitros não decidem todos os pedidos.

Quando a decisão tiver que ser tomada por vários árbitros, esta será decidida pela maioria, e em caso de não haver acordo majoritário, irá prevalecer o voto do presidente do tribunal arbitral. Destaca-se ainda que o árbitro que divergir do voto da maioria poderá declarar seu voto de forma separada se assim o quiser.

Proferida a sentença, deverá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral encaminhar as partes cópia da sentença, pela via postal ou qualquer outro meio de recebimento, desde que comprovado a entrega do documento.

Por fim, importante dizer que caso haja o desejo de algumas das partes, é possível buscar a nulidade da sentença arbitral nos casos previstos no art. 32 e seus incisos da Lei 9.307/96.

5. ALGUNS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ARBITRAGEM:

5.1 AUTONOMIA DA VONTADE

Pelo princípio da autonomia da vontade as partes podem contratar livremente entre si, estabelecendo as cláusulas que melhor lhes convier, como por exemplo, o uso da arbitragem para dirimir conflitos futuros ou atuais.

Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves[9]:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. [...].

No entanto, importante frisar que este princípio encontra certas limitações devido a função social do contrato, ou seja, é uma intervenção Estatal, fazendo com que a ordem pública prevaleça diante dos interesses dos particulares.

Por este princípio é possível além da celebração dos contratos típicos – aqueles previstos na Lei – também os contratos atípicos – aqueles que não estão previstos na lei, mas que por algum motivo se tornou necessário entre os envolvidos –.

Na arbitragem, o princípio da autonomia da vontade é de suma importância para que se estabeleça a convenção de arbitragem, pois é a única forma – vontade entre as partes – de afastar expressamente a competência do Poder Judiciário de dirimir conflitos.

Também é possível visualizar a autonomia da vontade na arbitragem, quando a própria lei autoriza que as partes podem convencionar sobre diversos assuntos dentro da arbitragem, como por exemplo, a lei a ser aplicada, prazos e procedimento.

5.2 CONTRADITÓRIO

O contraditório é um importantíssimo princípio constitucional, que garante as partes que se manifestem e se defendam de todas as alegações feitas contra estas durante o processo, seja ele judicial ou por alguma das formas extrajudiciais como na arbitragem.

Como bem descreve o autor Alexandre Freitas Câmara[10]:

[...] pode ser considerado o mais relevante entre os corolários do devido processo legal. Não há processo justo que não se realize em contraditório. Aliás, a mais moderna doutrina sobre o processo afirma que este não existe sem contraditório.

Tal princípio determina que as partes envolvidas tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante o processo, tendo a oportunidade de se manifestar acerca destes atos. É também considerado como uma garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo pois enseja a possibilidade de manifestação.[11]

Este princípio também proporciona o mesmo tratamento para as partes, de modo que todos tenham a mesma oportunidade de defesa no processo e para que nenhum dos litigantes seja de alguma forma mais beneficiado do que o outro durante a instrução processual.

Desta forma, tem-se que o princípio do contraditório assegura que ninguém sofrerá os efeitos de uma sentença sem ser oportunizado de apresentar manifestação nos autos a fim de se defender e apresentar o outro lado da história ao julgador que decidirá imparcialmente o caso.

5.3 IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO

O árbitro é a pessoa em quem as partes confiam a solução do litígio, sendo assim, uma função de grande responsabilidade. Para o exercício da referida função é imprescindível que o árbitro seja imparcial e independente a fim de se garantir um julgamento justo e sem beneficiar uma parte ou outra.

Devido a imparcialidade exigida aos árbitros, ficam sujeitos aos mesmos casos de impedimento e suspeição aplicados aos juízes, sendo tais hipóteses elencadas nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil.

A alegação de suspeição ou impedimento deve ser levantada pelo próprio árbitro, antes de aceitar a referida função, quando houver por parte deste, dúvida justificada para o ato e caso não o faça, as partes também poderão alegar o fato na primeira oportunidade de manifestação aos autos do processo.

Salienta-se que, caso o árbitro esteja impedido ou suspeito de conduzir o processo e não comunique tal situação – ainda que mínima seja – de forma a conduzir os autos, evidencia a sua inaptidão para o exercício da função.[12]

5.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal está previsto na Constituição Federal e é considerado o “princípio síntese” ou “princípio de enceramento” acerca do que se entende como um princípio justo e adequado, sendo que os demais princípios do direito processual são considerados derivados do devido processo legal.[13]

Por este princípio regula-se a instrução processual de qualquer processo, seja ele na esfera judicial ou extrajudicial, haja vista que estabelece as regras processuais a serem seguidas por todos os que de alguma forma participam do processo, tais como: partes, juízes, etc.

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno[14]:

Trata-se, pois, de conformar o método de manifestação de atuação do Estado-juiz a um padrão de adequação aos valores que a própria Constituição Federal impõe à atuação do Estado e em conformidade com aquilo que, dadas as características do Estado brasileiro, esperam aqueles que se dirigem ao Poder Judiciário obter dele como resposta. É um princípio, destarte, de conformação da atuação do Estado a um especial modelo de agir.

Desta forma, garante-se as partes a igualdade de tratamento, bem como que não sejam surpreendidas durante o curso do processo com alguma determinação judicial que não esteja prevista na lei.

Este princípio pode ser dividido em devido processo legal formal e substancial, o primeiro diz respeito ao um conjunto de garantias processuais, tais como: contraditório, ampla defesa, etc., já o segundo corresponde a concretização do

provimento jurisdicional que sempre deverá observar a supremacia das normas, princípios e valores constitucionais.[15]

Por fim, salienta-se que, se por ventura durante a instrução processual, não for observado o procedimento correto exigido pela lei, a parte que se sentir prejudicada poderá arguir a nulidade processual amparada no princípio do devido processo legal.

6. A EFETIVIDADE DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

A arbitragem, como já dito em linhas passadas, existe no Brasil há muitos anos, sendo um dos meios de resolução de conflito extrajudicial mais antigos do mundo, porém, não era muito utilizada pelas pessoas.

É sabido que o Poder Judiciário brasileiro está abarrotado de processos razão pela qual uma demanda costuma demorar, por vezes, anos e anos para findar, o que acaba sendo desgastante para as partes envolvidas.

Por tal razão, o Código de Processo Civil de 2015, passou a dar um enfoque maior aos métodos de solução de conflitos extrajudiciais – conciliação, mediação e arbitragem –, de forma a estimular que as partes busquem estes métodos para dirimir os seus litígios.

Atualmente a arbitragem está cada vez mais sendo utilizada pelas pessoas, haja vista que uma sentença arbitral tem o mesmo valor de uma sentença judicial além de ser uma via mais célere do que o Poder Judiciário pois não possui a quantidade de causas para solucionar que o judiciário possui.

Hoje em dia também é mais comum que as pessoas conheçam outros métodos de solução de conflito que não seja o judiciário, muito provavelmente, pelo fato da lei ter dado uma maior importância ao tema bem como pelo fato de que muitos advogados passaram, sempre que possível, indicar a forma extrajudicial como solucionar o problema, tendo em vistas ser mais vantajosa para todos os envolvidos.

Desta forma, tem-se que a arbitragem se mostra bastante eficaz, tendo em vista que vem cada vez mais ganhando a confiança das pessoas e conseqüentemente sendo muito procurada, devido a sua celeridade bem como pelas suas decisões que possuem as mesmas forças de uma decisão judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente foi abordado aspectos gerais acerca da arbitragem tais como: a possibilidade de ser utilizada por pessoas de direito público e privado bem como

a convenção arbitral, seguido da evolução histórica do referido método de solução de conflito extrajudicial que é um dos mais antigos do mundo, e também os requisitos da sentença arbitral que possui a mesma validade de uma sentença judicial.

Também tratou-se de alguns dos princípios que norteiam a arbitragem, a começar pela autonomia da vontade, onde as partes podem optar pelo uso da arbitragem, após o princípio contraditório garantindo que todas as partes tenham o direito de se defender no processo, princípio da imparcialidade do árbitro que dispõe que este deve ser plenamente capaz e imparcial em seus julgamentos e, por fim, o princípio do devido processo legal que estabelece todas as fases de um processo.

Por fim, abordou-se acerca da efetividade da arbitragem no direito brasileiro, a qual foi constatado ser muito eficaz, e sendo cada vez mais adotada pelas partes de um processo, isso porque, atualmente, a lei fornece um maior enfoque aos métodos de soluções de conflitos extrajudiciais de forma que a sociedade tenha maior conhecimento acerca do tema bem como pela questão que muitos advogados também orientam seus clientes a utilizar o referido método.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9Z2U3VFICTDJjTDQ>>. Acessado em: 26 de agosto de 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>>. Acessado em: 24 de agosto de 2020.

JÚNIOR, Humberto Teodoro. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9Z2U3VFICTDJjTDQ>>. Acessado em 26 de agosto de 2020.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

TUCCI, José Roberto Cruz e. **Descumprimento do Dever de Revelação e Nulidade da Sentença Arbitral**. Consultor Jurídico, 12 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/paradoxo-corte-descumprimento-dever-revelacao-nulidade-sentenca-arbitral>>. Acessado em: 24 de agosto de 2020.

NOTAS:

[1] “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...].” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

[2] “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 91.

[3] Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

[4] “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

[5] “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 27.

[6] “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 39.

[7] “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

- [8] CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.
- [9] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 32. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>>. Acessado em: 24 de agosto de 2020.
- [10] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 58.
- [11] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 59.
- [12] TUCCI, José Roberto Cruz e. **Descumprimento do Dever de Revelação e Nulidade da Sentença Arbitral**. Consultor Jurídico, 12 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/paradoxo-corte-descumprimento-dever-revelacao-nulidade-sentenca-arbitral>>. Acessado em: 24 de agosto de 2020.
- [13] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 100. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9Z2U3VFICTDJjTDQ>>. Acessado em: 26 de agosto de 2020.
- [14] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 100. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9Z2U3VFICTDJjTDQ>>. Acessado em: 26 de agosto de 2020.
- [15] JÚNIOR, Humberto Teodoro. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 81-82. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9Z2U3VFICTDJjTDQ>>. Acessado em 26 de agosto de 2020.

O DESRESPEITO DA MULHER COMO SUJEITO DE DIREITO NA POLÍTICA AMAZONENSE

RAFAELLA LOPES FEITOZA:

Acadêmica de Direito no Centro
Universitário Luterana de Manaus (ULBRA)

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

RESUMO: Este trabalho trata sobre a participação da mulher na política brasileira, no que tange ao princípio constitucional da igualdade entre gêneros. O objetivo é analisar o desenvolvimento histórico da mulher na busca de seus direitos sociais e a luta da conquista por sua cidadania e possuir o direito ao voto. Além de dar ênfase as lutas para conquistar seus direitos políticos e poder se candidatar e ser votada, além de retratar sobre a Lei de inclusão da mulher nos partidos políticos, e a sua importância no cenário político. A metodologia empregada foi embasada em ampla pesquisa bibliográfica, artigos, legislação inerente ao tema, bem como a repercussão do assunto nos meios virtuais.

Palavras-chave: representação feminina; direito de voto; cota eleitoral por gênero; igualdade, eleições.

ABSTRACT: This paper deals with women's participation in Brazilian politics, regarding the constitutional principle of gender equality. The objective is to analyze the historical development of women in search of their social rights and the struggle of conquest for their citizenship and to have the right to vote. In addition to emphasizing the struggles to gain their political rights and to be able to stand and be voted on, they also portray the Law on the inclusion of women in political parties, and its importance in the political scenario. The methodology employed was based on extensive bibliographic research, articles, legislation inherent to the theme, as well as the repercussion of the subject in virtual media.

Keywords: female representation; voting rights; electoral quota by gender; equality elections.

Sumário: Introdução. 1. O desenvolvimento da mulher na história. 2. mulheres e a aquisição dos direitos políticos. 2.1. Conceito de Direitos políticos. 2.1.1. Alistamento Eleitoral. 2.1.2. Direito de Voto. 2.1.2. Direitos Políticos Passivo (capacidade eleitoral passiva). 2.2. Conquista da mulher de voto e candidatura no Brasil. 2.3. Leis que

implicam na inclusão da mulher na política. 3. o papel da mulher no cenário da política atual. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A desigualdade social por muito tempo foi realidade das mulheres, uma série de movimentos feministas marcaram a história das mulheres, que por força das mesmas incansavelmente buscaram e buscam a sua valorização como gênero, visto que a distinção entre homens e mulheres ultrapassam as diferenças biológicas e naturais, para também alcançar os direitos. A mulher que por muito tempo teve apenas o papel de ser dona do lar e submissa ao homem, passou exercer cargos jamais imagináveis, dentre eles seu direito como cidadã, conquistando a oportunidade de cooperar com seu voto.

Diante da desigualdade que a mulher sofria, o empoderamento feminino ganhou forças. O empoderamento feminino se apoia no princípio primordial de que as mulheres em situação específica mudam o conceito que têm sobre si mesmas, caracterizado pela submissão, fragilidade e irrelevância perante a sociedade dominada pelo sexo oposto. Buscando o seu reconhecimento como cidadãs, sujeitos de direitos e deveres, é nítido ser imprescindível o acesso ao cenário político, seja pelo direito de voto, seja pelo o reconhecimento da sua condição de elegível.

Contudo, o presente trabalho relata que apesar de as mulheres através da legislação alcançaram a sua participação na política brasileira, a realidade é diferente, uma vez que o número de mulheres no meio eleitoral é inferior ao que é cotado pela Lei de inclusão, mostrando que a quantidade de mulheres na vida política é muito inferior aos dos homens, ao se analisar a câmara dos deputados é perceptível o grande número de políticos homens, e a inferioridade da representatividade feminina. Assim, a luta feminina se estabelece na busca de estratégias e medidas governamentais voltadas para a concretização da igualdade (MORAES, 2000, p. 61).

Desta forma, conforme todas as argumentações, a proposta deste artigo destina-se mostrar sobre o desenvolvimento da mulher na história, em como a mulher era vista antigamente, quais papéis assumia como mulher, e quando garantiu seus direitos como cidadã. Além de trata sobre o surgimento da Lei de inclusão da mulher na política brasileira, e como essa lei tem se tornado ineficaz na vedação da desigualdade entre gêneros.

1. O DESENVOLVIMENTO DA MULHER NA HISTÓRIA

No decurso da história brasileira a mulher veio conquistando seu espaço aos poucos, lutando com determinação para que sua voz fosse ouvida, para que seus

anseios e angústias fossem respeitados, para que não fosse utilizada apenas como objeto sexual, de cunho reprodutor.

Acontece que muitas mulheres morreram em prol da independência feminina, do respeito aos seus ideais e a liberdade de expressão. Os movimentos sociais foram importantíssimos para que a mulher pudesse adquirir seu espaço, afinal o histórico do desenvolvimento social da mulher no Brasil, foi marcado por muita repressão.

O Brasil foi aos poucos se desenvolvendo, e junto consigo nos últimos 160 anos, segundo CAMPOS e CORRÊA (2007) “as mulheres, que enfrentaram as represálias sociais por longo período, dando início em 1850 a sua luta pelo direito a instrução e ao voto, sendo que, apenas no ano de 1932, com o novo Código Eleitoral pelo Decreto nº 21.076, vieram adquirir este direito.”

Em um cenário moderno as mulheres ocupam cargos jamais imagináveis em épocas antigas, são chefes em empresas, mães e donas de casa, casam-se por amor como também se divorciam por falta dele. Mulheres possuem seu direito como cidadã e votam, ou são candidatas a serem votadas, estudam e governam, são imensas as possibilidades que a mulher possui para alcançar sua realização pessoal, a mulher é livre para escolher seus caminhos, mas nem sempre foi desta forma, antes de as mulheres conquistarem seu devido espaço, teve que suportar muita discriminação e machismo de uma sociedade até tão pouco tempo dominada pelo patriarcado.

Antigamente a mulher não tinha controle de si mesma, não podia expressar seus desejos, seus sentimentos e muito menos seus sonhos, a mulher à época foi por muito tempo vista como um ser reprodutor. De acordo com Perrot (2012, p.) em seu discurso sobre a história da mulher prelecionar “À mulher, passiva e vazia, inclusive anatomicamente, não era permitida a manifestação de seu interesse por um homem, lhe restando esperar pelo despertar da vontade deste, ou seja, seu pai, que decidia -e muitas vezes negociava –sua vida através do casamento. (ARAÚJO,2012)

Portanto, no decorrer dos tempos pode-se analisar que a mulher sempre sofreu a obrigação de ser submissa, de ser dona do lar, de criar, educar e cuidar dos filhos e marido. As mulheres tinham a obrigação de se casar e gerar filhos, divorcio na época era algo impossível, e se o marido se divorciasse, a mulher não tinha direito a nada, nem a ter a guarda de seus filhos.

Em sua obra Michelle Perrot, descreve como a mulher era vista naquela época, vejamos:

Em muitas sociedades, a invisibilidade e o silêncio das mulheres fazem parte da ordem das coisas. É a garantia de uma cidade tranquila. Sua aparição em grupo causa medo. Entre os gregos, é a stasis, a desordem. Sua fala em público é indecente. "Que a mulher conserve o silêncio, diz o apóstolo Paulo. Porque primeiro foi formado Adão, depois Eva. E não foi Adão que foi seduzido, mas a mulher que, seduzida, caiu em transgressão." Elas devem pagar por sua falta num silêncio eterno. (PERROT, 2012, p.17)

Sendo assim, por muito tempo a imagem da mulher era tratada com diferenças, a discriminação e o preconceito faziam parte do dia-a-dia da mulher, livros religiosos aumentavam o descaso que a mulher sofria, em relação a seus corpos não era diferente, Perrot (2012, p. 17) descreve:

Até mesmo o corpo das mulheres amedronta. E preferível que esteja coberto de véus. Os homens são indivíduos, pessoas, trazem sobrenomes que são transmitidos. Alguns são "grandes", "grandes homens". As mulheres não têm sobrenome, têm apenas um nome. Aparecem sem nitidez, na penumbra dos grupos obscuros. "As mulheres e as crianças", "primeiro", ou ao lado, ou para fora, dependendo do caso: a expressão clássica traduz essa globalização.

As mulheres pouco deixavam seu legado, não havia livros escritos por elas, não eram engenheiras, nem advogadas e muito menos médicas. "Suas produções domésticas são rapidamente consumidas, ou mais facilmente dispersas. São elas mesmas que destroem, apagam esses vestígios porque os julgam sem interesse. Afinal, elas são apenas mulheres, cuja vida não conta muito. Existe até um pudor feminino que se estende à memória. Uma desvalorização das mulheres por si mesmas. Um silêncio consubstancial à noção de honra." (PERROT, 2012, p.17)

Portanto, os papéis assumidos pela mulher sempre foi baseada em escolhas do homem, a mulher não possuía voz, casava-se a mando do pai para construir alianças, ao casar tinha que ser doméstica e não logo cedo, pois, a mulher que não tinha filhos era mal vista na sociedade.

Teve que passar anos para que a mulher transitasse de objeto de direito para Sujeito de direitos. Pesquisas mostram que a mulher sempre foi tratada como um bem ou troféu do homem a ser exibido e protegido. De acordo Nádia Gerhard:

Na maior parte da história da humanidade, o patriarcado foi irrefutadamente aceito por todos e legalizado com o embasamento nos papéis de gênero diferenciado, nas aptidões associadas a cada um deles e em um fracionamento entre o ambiente público e o ambiente privado (2014, pág. 62).

Sendo assim, este cenário somente veio a mudar após muita luta por igualdade de gênero. Vale mencionar, que antes a mulher não tinha direito ao voto em grande parte do mundo. “E que após a globalização, esse direito somente foi estendido às mulheres no século XX, sendo que, na Suíça, país de primeiro mundo, a mulher somente pôde votar em 1971” (MARRIOT8. 2016).

Os movimentos feministas que marcaram o século XX e iniciaram a revolução que atualmente nos propôs grandes mudanças no cenário feminino. É de suma importância relatar que a internet trouxe mais poder e voz às mulheres, e, de fato, hoje vemos milhares de manifestações online, pedindo uma sociedade menos machista e mais igualitária. O direito à igualdade de gênero é estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com fulcro no princípio da isonomia entre homens e mulheres no que se refere a direitos e obrigações, conforme dispõe o art. 5º, inciso I:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Além de que em 2002, o Brasil aderiu à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada em 1979, além de outros instrumentos legais que tinham por base a Carta das Nações Unidas. Essa Convenção tratou de proibir qualquer tipo de distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo, garantindo o planejamento de políticas públicas de inclusão, com o intuito de se obter maior participação das mulheres nas esferas política, econômica e social.

Portanto, a mulher além de ganhar ênfase na Constituição Federal, ganhou destaque ao ser criada uma Convenção de direitos humanos, assegurando a igualdade de gênero nas esferas políticas, econômica e social, *in versis*.

Artigo 1º - para fins da presente convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Artigo 2º - os estados-partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: a) consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio; b) adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher; c) estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher em uma base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação; d) abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação; e) tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa; f) adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher; g) derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

Os movimentos feministas foram fundamentais na luta pela igualdade de gênero, sendo registrado historicamente através de duas grandes ondas (MEYER, 2004). No Brasil, a segunda onda de lutas feministas por direitos sociais e políticos se associava aos movimentos estudantis de oposição à ditadura militar e, posteriormente, ao processo de redemocratização na década de 80 (MEYER, 2004).

“A Constituição Federal de 1988 consagrou quase 80% das propostas feministas da época, o que mudou consideravelmente o status jurídico das mulheres no Brasil” (CARNEIRO, 2003). Conseqüentemente, com a força dos movimentos feministas no Brasil proporcionou a adição de direitos e prerrogativas das mulheres no diploma legal de maior importância do nosso ordenamento jurídico.

Sendo assim, o feminismo brasileiro foi o encarregado, junto com outros movimentos ativistas e militantes, pela redemocratização e incorporação constitucional de pautas que asseguravam os direitos às minorias sociais, o que permitiu a inclusão e elaboração de políticas públicas de proteção à mulher. No que tange as novidades das políticas públicas em favor das mulheres, o autor Carneiro preleciona o seguinte:

Destaca-se, nesse cenário, a criação dos Conselhos da Condição Feminina – órgãos voltados para o desenho de políticas públicas de promoção da igualdade de gênero e combate à discriminação contra as mulheres. A luta contra a violência doméstica e sexual estabeleceu uma mudança de paradigma em relação às questões de público e privado. A violência doméstica tida como algo da dimensão do privado alcança a esfera pública e torna-se objeto de políticas específicas. Esse deslocamento faz com que a administração pública introduza novos organismos, como: as Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (Deams), os abrigos institucionais para a proteção de mulheres em situação de violência; e outras necessidades para a efetivação de políticas públicas voltadas para as mulheres, a exemplo do treinamento de profissionais da segurança pública no que diz respeito às situações de violência contra a mulher, entre outras iniciativas. (CARNEIRO, 2003, p. 01)

Isto posto, o princípio da dignidade humana e a igualdade de gênero foram recepcionados pela Constituição, tornando-se um direito fundamental, trazendo voz as mulheres que através das discussões e movimentos feministas alcançaram espaços de importância, atualmente as mulheres são livres para exercerem atividades que almejam, podem estudar, cursar uma faculdade, são doutoras, motorista, policiais, ou seja, são o que querem ser. No cenário político não é diferente, a mulher com toda evolução social e reconhecimento também ocupa espaço na política brasileira, mas ainda há muito a ser conquistado e muito à ser discutido, pois, apesar de toda conquista favorável a mulher, a mesma ainda suporta muita discriminação por parte da sociedade machista que insiste menosprezar as mulheres.

No próximo capítulo trataremos sobre as mulheres e suas lutas por igualdade no cenário político, o direito de candidatar-se e etc.

2. MULHERES E A AQUISIÇÃO DOS DIREITOS POLITICOS

Nas últimas décadas, o Brasil vivenciou um avanço nos debates públicos voltado a pautas femininas. Diversos temas foram discutidos, entre eles aborto, maternidade e carreira, esses temas ganharam espaço no cenário político. A mulher no cenário político teve sua inclusão trazendo representatividade ao gênero feminino, assuntos relacionados as mulheres que antes eram discutidos por homens, atualmente mulheres tem voz ativa dentro de uma câmara dos deputados. Mas os números ainda são bem menores do que a representatividade masculina dentro palco político masculina.

As batalhas pelos direitos das mulheres cresceram não apenas no Brasil, como em todo o mundo. Muitos progressos já foram obtidos nas últimas décadas, como o direito ao voto e o direito de serem eleitas. Mas, no que se refere a representatividade das mulheres na política, esse debate ainda se encontra muito distante do desejado.

2.1. Conceito de Direitos políticos

Os Direitos Políticos concedem ao cidadão a possibilidade de participação no processo político e nas decisões do país.

Para o autor Junior, (2013, online) do que se trata sobre direitos políticos, assegura:

Os Direitos Políticos envolvem um conjunto de regras que regulam a participação da população de um país no processo político do mesmo. Mas o importante é que eles permitam a participação do indivíduo na vida pública, concedendo-o o voto secreto, o poder de escolha e também a capacidade de se candidatar para cargos públicos. Além dessas condições, que são básicas na participação política, também integram os Direitos Políticos o voto em plebiscitos e referendos, movimentação popular e organização e participação em partidos políticos. Entretanto, cada país pode apresentar disposições específicas sobre a formulação do conjunto dos Direitos Políticos dos cidadãos. O que, lamentavelmente, ainda acontece, é que em regimes autoritários persistentes no mundo, a população não goza dos Direitos Políticos, não possui

o poder de participar do processo seletivo e, tampouco, de alterar os destinos da representatividade política.

Portanto, os Direito Político é o conjunto de normas que disciplinam os meios necessários ao exercício da soberania popular. Todo cidadão brasileiro tem o direito a a cidadania, a cidadania é o atributo político que decorre do direito de participar no governo e de ser ouvido pela representação política (Cerqueira, 2012, p. 124). Cidadão é, portanto, o indivíduo dotado de capacidade eleitoral ativa ou passiva, isto é, titular do direito de votar ou de ser votado. Os direitos de cidadania adquirem-se mediante alistamento eleitoral na forma da lei.

O exercício do sufrágio ativo dá-se pelo voto, que pressupõe: a) alistamento eleitoral na forma da lei (título eleitoral); b) nacionalidade brasileira (portanto não podem alistar-se eleitor os estrangeiros – art. 14, § 2º, CF); c) idade mínima de 16 anos (art. 14, § 1º, II, c); e d) não ser conscrito (são os convocados, ou melhor, os recrutados, para o serviço militar obrigatório) durante o serviço militar obrigatório.

2.1.1. Alistamento Eleitoral

Ato jurídico pelo qual a pessoa adquire, perante a Justiça Eleitoral, após habilitação e comprovação do preenchimento dos requisitos legais, a capacidade eleitoral ativa e passa a integrar o corpo de eleitores de determinada zona e seção eleitorais. O alistamento consiste na primeira fase do processo eleitoral. O alistamento é obrigatório para os brasileiros de ambos os sexos maiores de dezoito anos. É facultativo para os analfabetos, para os maiores de setenta anos e para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (Cerqueira, 2012, p. 124).

O Código Eleitoral, art. 6º, I, diz que “o alistamento é facultativo aos inválidos, e logo depois do artigo, há uma nota referente à Resolução n. 21.920/2004 do TSE, dizendo que o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios aos deficientes físicos”.

2.1.2. Direito de Voto

Do latim *votu*, voto é a oferenda, promessa feita aos deuses. O voto é o exercício do sufrágio. Mediante este, são escolhidos aqueles que irão votar. Enquanto o sufrágio é um processo de seleção de eleitores, o voto é o exercício do sufrágio pelo eleitorado.

As características do voto: secreto, igual (mesmo peso político para todos os eleitores), livre (votar em quem quiser e se quiser, pois se pode votar em branco ou anular o voto), pessoal (não se admite voto por correspondência ou por procuração) e direto (eleitores escolhem por si e sem intermediários os governantes e

representantes). Na nossa Constituição, o voto é também obrigatório (Cerqueira, 2012, p. 186).

2.1.2. Direitos Políticos Passivo (capacidade eleitoral passiva)

O Glossário Eleitoral define capacidade eleitoral passiva como a susceptibilidade de ser eleito. Para ser candidato, além de ser eleitor e estar em dia com as suas obrigações eleitorais, o cidadão tem de cumprir várias condições de elegibilidade e não pode incorrer em nenhuma situação de inelegibilidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 14, "determina como condições de elegibilidade: a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária. Os inalistáveis e os analfabetos não podem concorrer a cargo eletivo" (BRASIL, 1988)

Para ser candidato a presidente da República e a senador, o candidato deve ter pelo menos 35 anos. Para concorrer a governador, a idade mínima exigida é de 30 anos. Já os que pleitearem uma vaga de deputado federal, deputado estadual ou distrital e prefeito devem ter 21 anos. Aos 18 anos, o cidadão já pode concorrer ao cargo de vereador. (Tribunal regional eleitoral, 2012, online)

Sendo assim, o direito político nada mais é que o direito de exercer a democracia no país, o direito de escolher seus governantes, além de poder se candidatar e apresentar seu povo. Por muitos anos as mulheres não foram beneficiárias desse direito, apenas os homens naquela época possuíam em suas mãos o poder de escolher seus representantes, as mulheres eram tratadas como seres inferiores e sem inteligência, por este motivo era considerado que as mesmas não tinham capacidade e conhecimento sobre assuntos sobre política e etc, mas este cenário mudou e atualmente as mulheres votam e se elegem.

2.2. Conquista da mulher de voto e candidatura no Brasil

Na esfera do direito político, a primeira conquista democrática da mulher na busca da equiparação de gêneros foi a conquista do direito ao voto, assim como o direito de serem candidatas e eleitas. De acordo com Daniela Dantas Carvalho e Thais Guedes Yasuda (2017, p. 3) "Durante muito tempo, o direito de votar, assim como o acesso à educação formal, era restrito aos homens, ficando a mulher excluída da vida pública, dessa forma, da vida política".

Cansadas da discriminação e buscando reconhecimento da sua cidadania, característica que não foi reconhecida por muito tempo, as mulheres que muitas eram analfabetas, isoladas e submissas, se reuniram para reivindicar seus

direitos. Vale ressaltar, que a conquista do direito ao voto não significava, unicamente, o direito de comparecer às urnas para uma manifestação de vontade, mas uma ruptura de padrões milenarmente construídos.

Os movimentos feministas tiveram no ano de 1922, uma referência muito importante para os direitos femininos, esta data é marcada pela inauguração da fundação da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, criada por Bertha Lutz, que por muito tempo foi considerada uma líder feminina da busca por igualdade de gêneros (Carvalho e Yasuda, 2017, p. 4).

Desta forma, as autoras ainda relatam sobre outro símbolo feminista na época, que teve papel importante na luta pelas mulheres ao buscar igualdade social, vejamos o que diz:

Nesta temática, merece maior destaque Leolinda Daltro, primeira mulher a fundar uma associação feminina, o Partido Republicano Feminino em 1910. Apesar de objetivarem, entre outras tantas reivindicações, um ponto comum - o direito ao voto feminino -, os movimentos liderados por ambas foram encarados de forma diversa, não sendo o liderado pela professora Daltro visto com bons olhos, sendo estigmatizado como um feminino nocivo. Tal percepção pode ser justificada pelo método confrontante utilizado para afirmar suas ideias e pela origem socioeconômica de Lutz, que advinda de uma família bem relacionada, possuía livre acesso à alta sociedade. Lutz, diante do bom relacionamento com políticos, intelectuais, diplomatas e jornalistas, buscou propagar suas ideias pela imprensa de forma pacífica, alcançando apoio de lideranças masculinas de diversos campos. (Carvalho e Yasuda, 2017, p. 4)

Sendo assim, conforme preleciona as autoras sobre Leolinda Daltro, foi a primeira mulher a criar uma associação feminina onde discutia pautas feministas em busca de igualdade de gênero, a sufragista enfrentou diversas batalhas, uma vez, que muitas mulheres não apoiavam o movimento por medo de seus maridos.

Mas diante de todas as dificuldades enfrentadas, não fora o suficiente para fazê-las desistir por uma sociedade justa e igualitária, conforme menciona Carvalho e Yasuda:

Diante da proximidade com importantes influências políticas, a recém fundada Federação realizou, em dezembro de 1922, o primeiro "Congresso Feminista Brasileiro" que, diante da ampla

divulgação da imprensa, colocou o tema em debate. Assim, novas reivindicações, basicamente constituídas por propostas de reformas eleitorais, foram apresentadas à Câmara de Deputados e ao Senado. Entretanto, as inúmeras tentativas de inserção feminina no pleito eleitoral foram insuficientes para alterar a mentalidade parlamentar predominantemente sexista e, alegando ser necessário à espera de um ambiente mais propício, as comissões julgadores dos projetos postergaram o alistamento feminino (Carvalho e Yasuda, 2017, p. 5).

Desta forma, em 1992 Daltro e Lutz, as duas mulheres fundadoras da associação feminina levaram até a câmara dos deputados, através do congresso feminista brasileiro o debate sobre a inserção feminina no pleito eleitoral no país, mas infelizmente apesar de todo esforço, nada fizera mudar o pensamento machista e conservador daqueles homens. Porém, a luta não fora ganha, mas a guerra ainda está por vir!

Segundo as autoras Carvalho e Yasuda, através de pesquisa na história política feminina, discorrem;

A eleição de Washington Luiz, notável apoiador da causa, para presidência do Brasil, em 1926, e a permissão do alistamento feminino no estado do Rio Grande do Norte em 1927 trazem um novo sopro de esperança para o movimento. O estado potiguar é o primeiro estado a assegurar à mulher o direito de votar e ser votada, além de eleger a primeira mulher prefeita - no município de Lages -, o que impulsiona o movimento feminino sufragista que tem, neste momento, como meta estender o direito adquirido a o demais estado brasileiros (Carvalho e Yasuda, 2017, p. 5).

Mas como nem tudo estava perdido, no ano de 1926 eleito um novo presidente no Brasil que por sorte era a favor dos movimentos feministas, permitiu que em 1927 as mulheres do Estado do Rio Grande do Norte, o estado fora o primeiro a permitir que a mulher pudesse votar e ser votada, se tornando também o primeiro estado a eleger a primeira mulher prefeita, sendo assim, a sociedade estava evoluindo.

Como nem tudo é um mar de rosas, a associação feminista sofre um abalo quando uma comissão de poderes no senado anula os votos femininos recebidos pelo então eleito candidato do Rio Grande do Norte, José Augusto Bezerra de

Medeiros para o Senado. “O que causou indignação de todos, mas para a alegria das mulheres logo mais o recém-eleito presidente Getúlio Vargas propôs, em 1930, uma reforma no sistema eleitoral” (Carvalho e Yasuda, 2017, p. 5).

E em 14 de fevereiro de 1932 é finalmente sancionado o decreto nº 21.076, escrito com participação da líder feminista, “dentre outras inovações que perduram até hoje, assegura, finalmente, o direito básico para o pleno exercício da cidadania da mulher: o voto feminino” (Carvalho e Yasuda, 2017, p. 5).

No entanto, apesar da grande conquista, faltava algo mais, pois, o direito ao voto fazia distinção de mulheres, visto que apenas mulheres casadas que possuíam o direito ao voto. Mas logo a frente tudo ia mudar com a eleição de Carlota, vejamos:

Após a revolução de 1932, são convocadas novas eleições para elaboração de um novo texto constitucional. Realizadas as eleições para a Assembléia Constituinte em 1933, Carlota Pereira de Queirós é eleita, por voto popular, na condição de primeira deputada federal do Brasil (Carvalho e Yasuda, 2017, p. 6).

O Brasil então passou por lapsos temporais em sua Constituição, havendo mudanças em seu texto e encaixando a mulher como ser de direitos. “A Constituição de 1934 continha em seu teor a confirmação do direito adquirido, mas, apesar de impor a obrigatoriedade para ambos os sexos, condicionava o alistamento eleitoral feminino obrigatório ao exercício de função pública remunerada. A Carta Magna promulgada em 1937, de outro modo, condicionou a obrigatoriedade do sufrágio àquelas que exerciam atividade lucrativa de qualquer natureza” (Carvalho e Yasuda, 2017, p. 6).

Mas logo surgiria a grande mudança esperada, trazendo a real inclusão da mulher nos direitos políticos, garantindo o reconhecimento da condição de cidadã da mulher, caracterizando um pilar para a inauguração do Estado Democrático de Direito que se consolidou com o advento da promulgação da Constituição de 1988.

A nova Constituição Federal, trouxe diversas novidades para os direitos femininos, tendo como pilar princípios como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo, tendo em vista a marcante discriminação vivida por minorias, incluindo as mulheres ao longo da história (CRUZ, 2009, p. 186).

Contudo, apesar da Carta Magna assegurar a igualdade de gênero, a realidade ainda se encontra distante do que é pregado em lei. No que tange aos

partidos políticos, foi necessária uma promulgação de uma lei como incentivo a mulher a iniciar a vida política e lutar por pautas femininas.

2.3. Leis que implicam na inclusão da mulher na política

Diversos incentivos e disposições legais surgiram para efetivar a da participação feminina na política e, também, ações afirmativas, visando conceder benefícios à mulher para reduzir as desigualdades.

Desta forma, a Lei nº. 9.096/95, que regula sobre os partidos políticos, dispôs sobre a obrigatoriedade da criação de programas de difusão da participação política da mulher, assim como estabeleceu, durante a propaganda eleitoral gratuita, um tempo reservado para a promoção destes programas. Conforme disposto no art. 44, inciso V e art. 55, inciso IV, da referida lei, in verbis (BRASIL, 1995):

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total;

Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade: IV - promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) do programa e das inserções a que se refere o art. 49.

Já no ano de 1997, um grande progresso ocorreu nos direitos políticos das mulheres, com o surgimento da Lei nº 9.504/1997, denominada de Lei das Eleições, em seu §3º do artigo 10, elaborou cota mínima de 30% e máxima de 70% para candidatos homens e mulheres, após as eleições de 1998, a partir de então, no mínimo 1/3 elegíveis em cada pleito são mulheres.

A cota eleitoral para mulheres foi o grande incentivo para as mesmas lutassem contra a discriminação do sexo feminino no cenário político. Já em 2009, a Lei nº 12.034/09 inovou ao criar um fundo partidário especial, a fim de aumentar a participação das mulheres na vida pública e, em 2010, foi eleita a primeira Presidenta do país: Dilma Rousseff, compondo o rol mundial das 20 mulheres à frente do governo de um país. (BRASIL, 2012)

Sendo assim, Além do sistema de cotas obrigatórias para as mulheres, a legislação eleitoral em outras duas oportunidades incentiva a participação feminina na política. A Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Reforma Eleitoral), alterou o art. 44, V, da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), que dispõe sobre a reserva mínima de 5% do fundo partidário para a criação, manutenção e promoção de campanhas com vistas ao despertar do interesse da população feminina para a atuação na vida política do país (BARROS, 2016, ONLINE)

Atualmente, após a reforma eleitoral o partido deve criar uma secretaria responsável para cuidar exclusivamente dos programas para as mulheres:

Art. 44. [...]: V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total;

Com a reforma eleitoral, e o surgimento da Lei nº 13.165/2015, que amplia o incentivo à participação da mulher na política brasileira, e que também alterou o art. 45, IV, da Lei dos Partidos Políticos para, "além de promover e divulgar a atuação das mulheres na vida decisória da nação, resguardar o tempo mínimo equivalente a 10% da programação a qual o partido tem à disposição" (BARROS, 2016, ONLINE).

Além do mais, no mesmo dispositivo, em seu art. 2º, acrescentou ao Código Eleitoral o art. 93-A, "que delegou ao TSE a responsabilidade de promover junto aos meios de comunicação, em cada ano eleitoral, até cinco minutos diários, informes, dentre outros, que incentivem a participação feminina na política" (BRASIL, 2015)

Mesmo com toda essa mudança na legislação eleitoral, muitos partidos deixaram de cumprir a lei, e o cenário de escassez feminina na vida política ainda não acabou. De acordo com Alessandra Oliveira (2014), *in versis*.

A escassez de programas de apoio à participação feminina contribui para o não despertar das mulheres para o trabalho junto ao governo, em representação aos seus pares na sociedade. O estudo “Mais mulheres no poder – As mulheres nas eleições de 2014”, de autoria do governo federal, aponta o desinteresse da população feminina em atuar nas tomadas de decisões da nação. Existe a cultura sexista de que o plenário é coisa para homem, tanto que 87% das entrevistadas relataram que nunca pensaram em ocupar um cargo público; ao contrário dos homens que, em grande parte, haviam cogitado a possibilidade: 75%. Elas ainda disseram (41%) que a falta de incentivo partidário é um dos obstáculos enfrentados, quando o interesse feminino pela política surge (OLIVEIRA, 2014, online)

A autora relata, que muitas mulheres não se interessam pela vida política, além da falta de oportunidade e incentivo financeiros fazem muitas abandonar a vida política, uma vez que, as mulheres não têm os recursos necessários para levar a campanha adiante e concorrer em situação de igualdade com os homens.

De acordo com Vanessa Grazziotin, antiga senadora do Estado do Amazonas, retrata:

Com esse tipo de política eleitoral que temos no Brasil, a mulher nunca vai alcançar o seu espaço. Primeiro, porque os partidos são comandados por homens, a mulher quase não tem espaço dentro dessas agremiações; e, segundo, porque o acesso ao financiamento é para eles, não chega a elas (Ibidem, p. 12).

Nas palavras da antiga senadora alega sobre a irresponsabilidade legal na ausência de penalidades na legislação eleitoral, onde não fiscaliza e pune os partidos políticos, tornando as normas ineficazes, cuspindo na democracia e nos direitos já conquistados pelas mulheres. Como consequência, sequer o mínimo previsto para as mulheres no Congresso Nacional tem sido preenchido. Os dados informam que, na eleição de 2014, 6.449 mulheres se candidataram a um cargo, o equivalente a 28,62%, de um total de 22.530 candidaturas. Do universo de cadeiras disputadas, 51 da Câmara Federal e 5 do Senado foram preenchidas por mulheres, tão somente. (BRASIL, 2014, online)

Apesar de o Brasil ter uma legislação específica para garantir a participação da mulher na política, o país amargamente enfrenta uma desigualdade de gênero

surreal quanto a ocupação de cadeiras parlamentares pelas mulheres. Em um ranking de 190 países, o Brasil ocupa a 152ª posição em relação ao percentual de parlamentares homens e mulheres ocupados na Câmara dos Deputados. (Portal G1, 2018, online)

Uma pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e também monitorado pela Inter-Parliamentary Union – IPU, organização essa com sede na Suíça, tendo como objetivo de mediar os contatos multilaterais dos parlamentares dos países. Na pesquisa informa que em dezembro, a presença feminina nas câmaras baixas ou parlamentos, no Brasil corresponde exclusivamente à Câmara dos Deputados, era de 23,6%. No caso do brasileiro, o percentual era de 10,5% no mesmo mês. (Portal G1, 2018, online)

O Brasil teve o pior resultado entre os países sul-americanos. A Bolívia, como exemplo, aparece na segunda posição entre os 190 países, com 53,1% das cadeiras da Câmara ocupadas por mulheres. Ruanda lidera o ranking feito pelo IPU desde 2008. Em dezembro de 2017 as mulheres representavam 61,3% do parlamento do país. (Portal G1, 2018, online)

Na pesquisa relata pelo Portal G1, em 20 de dezembro de 2017, data em que o IBGE fez o levantamento que cerca de 16% dos cargos de senadores eram ocupados por mulheres e somente 10,5% dos deputados federais em exercício. A pesquisa esclarece ainda que na câmara que no ano de 2017 não havia nenhuma representante mulher dos estados da Paraíba, Sergipe e Mato Grosso.

A Lei Internacional de Direitos Humanos (ONU, 1948: art. 2º) e a Convenção da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre os Direitos Políticos da Mulher (ONU, 1954) inauguraram na legislação internacional o princípio de igualdade política entre os sexos. Ambas as legislações requeriam dos Estados signatários que assegurassem a igualdade de homens e mulheres, indistintamente, frente a todos os direitos civis e políticos. O objetivo da ONU era promover dessa forma a derrubada das barreiras legais à participação política feminina. Não havia qualquer previsão legal de instrumentos que pudessem fomentar diretamente a presença de mulheres nos postos de comando, buscava-se apenas a expansão dos direitos políticos. (José Eustáquio Diniz Alves, 2008, p. 48)

Portanto, comparada a outros países o Brasil está extremamente atrasado no que tange a igualdade de gênero na política brasileira, a falta de fiscalização e punição contribui para o machismo.

3. O PAPEL DA MULHER NO CENÁRIO DA POLITICA ATUAL

Existe uma grande resistência no que se refere a entrada da mulher na política brasileira, que reflete uma sociedade patriarcal e machista, a participação da mulher no poder legislativo chega aproximadamente à 22,1% ficando atrás de países como Afeganistão, que tem uma participação em média de 27,4%, ficando bem abaixo da média mundial, que é extremamente preocupante (GAMA, PORTAL NINJA, 2019). Ocorre que o papel da mulher na política brasileira tem que ser levado a sério, uma vez que a inclusão de pautas femininas tem que ser tratada por mulheres.

De acordo com Bianca Borges (2018, online) sobre a importância do papel da mulher na política brasileira:

A democracia brasileira é muito frágil. A história do nosso país, assim como de tantas outras nações da América Latina, é uma história de dominação por potências estrangeiras e por ciclos autoritários financiados pelas mesmas. Desde o fim do regime militar, passamos por um período de avanços para o fortalecimento da democracia representativa, mas ainda assim temos um Congresso Nacional composto majoritariamente por homens, na contramão da composição da sociedade brasileira. Ao mesmo tempo, nos últimos anos as ruas foram palco da luta das mulheres – da Primavera feminista ao grande ato de 29 de setembro – e o movimento feminista conquista cada vez mais inserção em camadas sociais diversas. Qual é, afinal, a posição que as mulheres ocupam na política brasileira?

A luta das mulheres para poder participar da política vem de muito tempo, que teve início muito antes da proclamação da república até a conquista definitiva do voto feminino obrigatório em 1946, mas até a metade do século XX as mulheres ainda eram privadas de exercer a cidadania pela preponderância absoluta dos interesses masculinos. Mesmo passado anos da conquista pela representatividade feminina na política a desigualdade ainda persiste, as mulheres são apenas 10% do Congresso Nacional. O índice de representatividade brasileiro é o mais baixo entre os países da América do Sul.

Ainda nas palavras de Bianca Borges (2018, online):

Mesmo a legislação eleitoral tendo evoluído para incluir dispositivos que amenizem a desigualdade entre os gêneros, a realidade nos mostra que a dificuldade para reverter esse cenário é real: mesmo que os partidos políticos sejam, desde 2009, obrigados a ter 30% de mulheres entre suas candidaturas, a cada eleição são detectados milhares de fraudes de

“candidatas-fantasma” pelo TSE. Isso significa que os partidos coagem mulheres a se candidatar para cumprir com a cota mínima, mas frequentemente sem oferecer recursos ou condições isonômicas para que as candidatas desenvolvam suas campanhas.

Sendo assim, mesmo que a legislação tenha se preocupado em evoluir e incluir as mulheres afim de amenizar a desigualdade de gêneros na política brasileira, a realidade é totalmente diferente, visto que mesmo que os partidos políticos sejam, desde 2009, obrigados a ter 30% de mulheres entre suas candidaturas, a cada eleição são detectados milhares de fraudes de “candidatas-fantasma” pelo TSE. “Isso significa que os partidos coagem mulheres a se candidatar para cumprir com a cota mínima, mas frequentemente sem oferecer recursos ou condições isonômicas para que as candidatas desenvolvam suas campanhas” (BORGES, 2018, online)

De acordo com a pesquisa de Harvard Kennedy School:

Com a liderança feminina na política, as mulheres se tornam mais engajadas na discussão cívica. E mais: as minorias são mais propensas a denunciarem os crimes cometidos contra elas e o nível educacional das adolescentes, bem como as suas aspirações de carreira, aumenta. Ou seja, constrói-se um campo fértil para a maior igualdade de gênero.

Desta forma, é necessárias figuras femininas ativas na política, pois, as mulheres se tornam mais presentes em pautas cívicas. O que mais vemos são homens decidindo assuntos relacionadas a mulheres, temas como aborto, maternidade entre outros, são discutidos e votados por homens, uma vez que a representatividade das mulheres na política é inferior ao dos homens, as mulheres precisam que as “irmãs” lutem por elas, que briguem por respeito. A sororidade feminina precisa ser discutida e trazido em pauta, homens não tem lugar de fala para discutir sobre o corpo da mulher, ou o que ela deve ou não deixar de fazer.

Um assunto muito polêmico, é que ao decidir fazer uma laqueadura a mulher deve pedir permissão ao homem, seu marido, e o mesmo deve assinar um documento autorizando tal procedimento, nada mais que absurdo! É nítido que as leis foram feitas por homens que vivem em séculos passados, enraizados pelo machismo e patriarcado. Mais uma vez digo! Homem não tem lugar de fala em temas voltados ao sexo feminino, pois, a equiparação histórica entre homem e mulher, ainda está muito longe.

Por este motivo, o papel da mulher nas lutas feministas, em busca de igualdade entre gêneros e respeito, é de suma importância. Cabe as novas gerações femininas fortalecerem-se intimamente para se libertarem do sentimento de dependência que sempre nutriram em relação aos seres masculinos. Livres destas influências quase sempre negativas, certamente poderão revolucionar o modo de viver da humanidade. E finalmente terão superado o trauma de se considerarem apenas uma costela de Adão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade contemporânea onde a mulher caminha lado a lado com o homem, em que sua presença é marcante e os rastros de sua competência são deixados em toda parte, o terço reservado para elas no parlamento é maneira de demonstrar que o país se encontra atento às mudanças ocorridas no seio social.

Nesse viés, o estudo demonstrou que os próprios partidos políticos têm sabotado a participação política da mulher brasileira. Seja não cumprindo a disposição normativa de incentivo e apoio ao trabalho da mulher na política; seja burlando o sistema ao registrar mulheres nas eleições apenas para cumprimento da exigência legal, todavia sem oferecer as condições necessárias para concorrer com os homens.

Como nefasto resultado, as mulheres não demonstram interesse em participar da política pública. Não encontram qualquer estímulo partidário para prosseguir com uma campanha, restando à maioria a frustração de um trabalho realizado sem apoio e que, ao final, o resultado foi derrota.

Em um país onde as mulheres são a maioria na sociedade e também nas urnas, ter uma casa legislativa que se mostra incapaz de preencher 30% das suas cadeiras por mulheres é de uma desigualdade preocupante. Elas também têm voz e precisam de apoio para trilhar este caminho por muito tempo percorrido apenas por homens.

A presença da mulher no parlamento é de crucial importância, por incentivar a criação de políticas públicas para as mulheres, por defender os direitos daquelas que são silenciadas, muitas vezes, por não serem representadas. Não bastam as cotas se não existem mecanismos punitivos à sua não observância. É preciso maior fiscalização dos recursos dos fundos partidários. Os programas que incentivam a atuação da mulher na política não podem estar presente apenas na letra fria da lei.

Os partidos precisam prestar contas do seu papel perante a sociedade. De como têm atuado para diminuir as desigualdades, dentre as quais, as de gênero na

própria política. Apenas 10% do parlamento, hoje, é ocupado por mulheres, o que é inaceitável. Se a experiência tem demonstrado que a reserva de cotas para as candidaturas femininas tem sido ineficiente ou se existe uma má gerência ou fiscalização da verba destinada ao incentivo à atividade política pela mulher, imperiosa se faz uma reforma política e eleitoral, no sentido de fazer com que a mulher tenha garantida não somente a possibilidade de concorrer ao cargo, mas de, sobretudo, saber que a cadeira destinada à sua classe se encontra reservada.

NOTAS:

[1] - Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

O CONCEITO DE “PRESTAÇÃO DE SERVIÇO” PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO ISS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

VITOR PAIVA FIORINDO: Advogado inscrito na OAB/MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Resumo: o artigo investiga interpretação dada pelo STF ao conceito de “serviços de qualquer natureza” como hipótese de incidência do imposto de competência municipal previsto no art. 156, III da Constituição Federal. Objetiva-se delimitar a definição dada pela Corte a fim de resolver problemas atuais e futuros na aplicação do imposto. Abordam-se criticamente, através do estudo de acórdãos paradigmáticos, três fases sucessivas do entendimento do Tribunal: (i) adoção do conceito econômico desde 1987; (ii) virada ao conceito jurídico em 2000 (caso da locação de guindastes), restrito às obrigações de fazer; (iii) retomada gradual do conceito econômico a partir de 2009 (caso do *leasing*), que prevalece atualmente e teve como paradigma o caso dos planos de saúde em 2017. Depois, examinam-se dois recentes julgados do Tribunal que confirmaram a incidência do imposto em situações antes controvertidas a partir da aplicação do conceito econômico (contratos de franquia e apostas). Por fim, sugere-se a consolidação desse conceito nas discussões ainda pendentes referentes a tributação da economia digital.

Palavras-chave: Direito Tributário. Imposto Sobre Serviços. Prestação de serviços. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Primeira fase: adoção do conceito econômico. 3. Segunda fase: o primado das “obrigações de fazer”. 4. Terceira fase: retomada gradual do conceito econômico e consolidação no caso dos planos de saúde. 5. Implicações mais recentes da adoção do conceito econômico. 5.1. Contratos de franquia. 5.2. Apostas. 6. Próximos passos: a tributação da economia digital. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

O imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza (ISS) está previsto no art. 156, III da Constituição Federal de 1988 e é regulado pela Lei Complementar nº 116/03, que sucedeu o Decreto-lei 406/1968. Trata-se da principal fonte de receita tributária própria de boa parte dos Municípios brasileiros, mas, como de costume no Sistema Tributário Nacional, sua cobrança envolve inúmeras controvérsias jurídicas cuja equalização final fica por conta do Poder Judiciário.

A principal celeuma em torno do ISS diz respeito ao aspecto material de sua hipótese de incidência. Inicialmente, entende-se que a materialidade do imposto é a “prestação de serviços”, embora o primeiro vocábulo não conste da literalidade do texto constitucional:

“Não se pode considerar a incidência tributária restrita à figura de ‘serviço’, como uma atividade realizada; mas, certamente, sobre a ‘prestação do serviço’, porque esta é que tem a virtude de abranger os elementos imprescindíveis à sua configuração, ou seja, o prestador e o tomador, mediante a instauração de relação jurídica de direito privado, que irradia os naturais efeitos tributários. O tributo não incide unicamente sobre utilidade, comodidade, coisa, bem imaterial etc. A circunstância de no âmbito estadual a CF haver estipulado ‘prestações e serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação’ (art. 155, II – ICMS); e no âmbito municipal haver omitido o referido vocábulo (‘prestações’) – só mencionando ‘serviços de qualquer natureza’ (art. 156, III – ISS) – não significa que também não se estaria cogitando da necessidade de efetiva prestação. O DL 406/68 (art. 8º) estabeleceu que o fato gerador do ISS é a prestação desserviço previsto em lista específica. A LC 116/03 (art. 1º) repete essa materialidade, e acrescenta que a incidência ocorre, ‘ainda que os serviços não se constituam como atividade preponderante do prestador’[1]

Tratando da zona negativa de certeza do conceito de prestação de serviços, a doutrina exclui, *a priori*, ao menos as seguintes hipóteses: a) serviço público abrangido por imunidade (art. 150, IV, a da CF); b) trabalho para si próprio (ponto crucial para compreensão da não-incidência nas incorporações imobiliárias, por exemplo); c) relação de emprego; d) serviços abrangidos pelo ICMS[2].

Mesmo assim, a conceituação do que seja serviço prestado não é tarefa fácil. Embora o art. 156, III da CF remeta à lei complementar a definição dos serviços sujeitos à tributação, é certo que a norma infraconstitucional não pode desbordar da base econômica reservada pela Constituição ao imposto. Por isso, o STF é chamado a decidir sobre o tema desde antes da Constituição de 1988, embora a polêmica continue atual.

Nesse trabalho, identificam-se três fases da jurisprudência da Corte na conceituação de prestação de serviço a permitir a incidência do ISS. A primeira, vigente desde antes do advento da Carta de 1988 até 2000, compreende a adoção de conceito amplo, mais preocupado com a inclusão das atividades econômicas de

oferecimento de utilidade a terceiros do que com uma definição jurídica afeta a um tipo contratual utilizado no Direito Ccivil. A segunda fase, de adoção do conceito jurídico (mais restrito), começa em 2000 com a exclusão da locação de bens móveis do campo de incidência do imposto, e se enfraquece a partir de 2009, com o reconhecimento da constitucionalidade da incidência sobre o leasing. Em 2017, o Tribunal retoma mais claramente o conceito econômico com julgamento favorável ao Fisco no caso de incidência sobre planos de saúde, inaugurando a terceira e atual fase de sua jurisprudência.

As consequências da recuperação do conceito econômico são sentidas em vários recentes julgados da Corte, como no reconhecimento da incidência do ISS nos contratos de franquias e de apostas, que serão analisados um a um.

Ao final, sugere-se a consolidação do conceito amplo de modo a possibilitar o adequado enquadramento tributário de atividades econômicas relevantíssimas na era digital como os serviços de *streaming*, *delivery*, transporte e locação por aplicativo etc.

2.Primeira fase: adoção do conceito econômico

A Constituição Federal de 1967, com redação dada pela Emenda nº 1/1969, previa o Imposto sobre Serviços nos seguintes termos:

Art. 24. Compete aos municípios instituir impôsto sôbre:

II - serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

O imposto era regulado pelo Decreto-lei nº 406/68 e sua lista anexa, que previa, na redação dada pelo Decreto-lei 834/69, a locação de bens móveis como hipótese de incidência (item 52). O Supremo Tribunal Federal confirmou mais de uma vez a constitucionalidade do dispositivo, a partir da adoção de conceito de "prestação de serviços" que não se limitava à concepção civilista vinculada à obrigação de fazer.

A tese dos contribuintes era de que o direito tributário, ao buscar em outros ramos jurídicos as categorias utilizadas para descrever as hipóteses de incidência, não lhes poderia conferir leitura própria. É o que seria depreendido do art. 110 do Código Tributário Nacional:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

A Corte rechaçou o argumento. Entendeu-se que o importante, para o Direito Tributário, é a identificação de capacidade contributiva revelada em um determinado fato econômico. A utilização dos institutos de Direito Privado é meramente instrumental. Veja-se elucidativo trecho do voto do min. Carlos Madeira no julgamento do Recurso Extraordinário nº 112.947/SP, em 19/06/1987:

Não há, porém, recepção plena de um conceito de direito privado, nem da regulação pertinente a esse direito, pois a referência a ele é feita, em direito tributário, *utilitatis causa*. Importa ter em consideração que são diversos os modos de tratar os mesmos institutos jurídicos e as finalidades que se têm em vista, ao considerá-los, diferem profundamente em cada uma das disciplinas. Assim, quando o direito civil regula a compra e venda, ele tem em vista os efeitos da relação jurídica e as condições de validade necessárias para a sua constituição. Quando o direito tributário, entretanto, encara a mesma relação, ele tem o objetivo de aí encontrar um índice de capacidade econômica, ou de capacidade contributiva e, assim, considerando a operação como um fato econômico, despido de todo o formalismo e de todas as aparências, vai ali buscar ou verificar a realidade econômica subjacente, através do exame da circulação de riqueza que se operou.

Na locação de bem móvel, observa-se a entrega do bem a terceiro para sua utilização mediante remuneração, obrigando-se o locatário a restituí-la em tempo determinado. A atividade revela capacidade econômica ou contributiva, e não pode ser onerada por imposto de venda de bem material (antigo ICM, de competência dos Estados), mas é possível enquadrá-la na definição de circulação de bem imaterial, qual seja, a faculdade de uso e gozo da coisa, a atrair a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza. Na didática explicação do min. Oscar Corrêa, em voto proferido no Recurso Extraordinário 115.103/SP, julgado em 22/08/1988:

Embora [a locação de bem móvel] não seja locação de serviços ou fornecimento de trabalho, constitui venda de bem imaterial

(serviço). Na locação de bens móveis, o objeto do contrato é a coisa (o bem móvel), jamais o fornecimento de trabalho, embora exista intimamente ligada à locação a função acessória de se manter a coisa a ser locada em estado de bem servir ao seu destino econômico. O que existe, já dissemos, é a venda de um bem imaterial (venda do direito de uso e gozo da coisa), fato que constitui serviço. [...]

Já a redação inicial do art. 71, § 1, do Código Tributário Nacional incluía a "locação de bens móveis" entre os serviços, o que os textos posteriores explicitaram. Pode-se ler em Baleeiro: o imposto de serviços "reflete a sua anterior conceituação de imposto sobre profissões e indústrias, uma das quais é a de alugar veículos, tratores, máquinas, roupas e chapéus de rigor, instrumentos e, em geral, móveis, como meio de vida ou habitual atividade remuneradora" (Direito Tributário Brasileiro, cit. p. 293).

Este conceito vigorou no STF por longos anos, mas foi modificado em emblemático julgamento no ano 2000, como se verá a seguir.

3.Segunda fase: o primado das "obrigações de fazer"

A Corte alterou seu entendimento em 11 de outubro de 2000, no julgamento do Recurso Extraordinário 116.121/SP, rel. min. Octavio Gallotti, que recebeu a seguinte ementa:

TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. Terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Questionava-se a constitucionalidade da expressão "locação de bens móveis" constante do item 79 da Lista de Serviços do mesmo Decreto 406/68, agora

na redação dada pela LC nº 56/87. Argumentava-se não se tratar de serviço, porque gera apenas obrigação de dar, inexistente atividade pessoal do locador que possa ser juridicamente caracterizada como prestação de serviço. O caso tratava da locação de guindastes para operação pelas próprias locatárias em construção civil.

O relator, em substancioso voto, decidiu pela manutenção da jurisprudência do Tribunal, tecendo considerações históricas sobre o imposto desde sua instituição pela Emenda nº 18/1965 à Constituição de 1946, bem como destacando a utilização da expressão “de qualquer natureza” para justificar a interpretação ampla do espaço reservado pelo Constituinte à definição do campo de incidência do imposto. Seguiram-no os ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão.

Abriu divergência o ministro Marco Aurélio, entendendo que a locação pura e simples, desacompanhada da prestação de serviços tal como definida no Código Civil, não atraía o imposto sobre serviços; a definição técnica de cada instituto, sustentou, prevalece sobre a interpretação econômica. O min. Celso de Mello o acompanhou, destacando que a locação de bens móveis configura obrigação de dar, e que a prestação de serviços pressupõe um fazer; a interpretação tributária não poderia destoar da definição civilista, a teor do art. 110 do CTN. A divergência foi secundada ainda pelos ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

O Tribunal, por 6 votos a 5, alterou sua jurisprudência para considerar inconstitucional a incidência do ISS sobre locação de bens móveis, considerando não haver, na hipótese, serviço prestado. A decisão nos parece desacertada, merecendo transcrição as precisas ponderações do ministro Ilmar Galvão:

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - Senhor Presidente, verifico, primeiramente, que se está diante de dispositivo legal que já se acha em vigor há trinta e dois anos, período de tempo durante o qual nunca teve a sua inconstitucionalidade arguida perante esta Corte. Em segundo lugar, diante da afirmativa feita pelo em. Ministro Celso de Mello, de que o contrato de locação implica uma obrigação de dar, gostaria de observar que, segundo o art. 1.189 do Código Civil, o locador, além de pôr a coisa à disposição do locatário, o que não corresponde com rigor à prestação de dar, é obrigado a manter a coisa no estado e a garantir o uso pacífico dela, comportamento próprio da obrigação de fazer. Vale dizer que a locação envolve prestação de serviço. Manter um guindaste em funcionamento

envolve serviços de manutenção. Assegurar o uso pacífico exige uma assistência permanente, que implica prestação de serviço.

Ora, nem no Direito Privado o conceito em análise é unívoco. No Direito do Consumidor, por exemplo, locação de bem móvel pode ser considerada serviço, porque a definição dada pelo art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor é amplíssima[3]. Parece-nos que a corrente vencedora adotou leitura da Constituição a partir estritamente do Código Civil de 1916.

Seja como for, a decisão do STF teve por consequência o veto presidencial do item “3.01 – locação de bens móveis” da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, que veio a substituir o Decreto 406/68 na regulamentação do ISS. O Tribunal também editou a Súmula Vinculante nº 31, a reiterar o entendimento[4].

4. Terceira fase: retomada gradual do conceito econômico e consolidação no caso dos planos de saúde.

Mesmo com a consolidação do entendimento do Tribunal em súmula vinculante, perdurou candente controvérsia a respeito das chamadas “locações mistas”, que envolvem, ao mesmo tempo, locação de bem móvel e prestação de serviços. O STF, nesses casos, afastava o entendimento veiculado na referida súmula, chancelando a incidência do imposto se não fosse possível cindir as operações em uma dada relação contratual:

É certo que, nos debates travados ao exame da Proposta de Súmula Vinculante 35, que resultou na SV 31, suscitada dúvida no Plenário desta Corte quanto à situação em que a locação de bens móveis está associada à prestação de serviços, tendo-se concluído pela exclusão do termo “dissociadas da prestação de serviços”, uma vez não analisada a questão relativa aos contratos mistos. (...) 6. Em relações contratuais complexas ou mistas, apenas há falar em descumprimento da Súmula Vinculante 31 quando a locação de bem móvel esteja evidentemente dissociada da prestação de serviços, seja em relação ao objeto, seja no tocante ao valor detalhado da contraprestação financeira. (...) 8. Não há falar, pois, em contrariedade à Súmula Vinculante 31, que não contempla contratos mistos – locação de bens móveis acompanhado de prestação de serviço. 9. Verifica-se da sentença trazido pelo reclamante que, ao analisar o caso concreto, entendeu o Juízo de origem que as atividades prestadas não são apartadas, visto

que, além da locação dos aparelhos de audiovisual, são disponibilizados os operadores, na prestação de serviço (...)

[Rcl 28.324, rel. min. Rosa Weber, dec. monocrática, j. 25-5-2018, DJE 107 de 30-5-2018.]

Também a cessão do uso de marca não é abrangida pela Súmula Vinculante 31, tendo o STF julgado a incidência do ISS constitucional nesse caso, já indicando uma evolução de sua jurisprudência com o advento da Lei Complementar nº 116/03:

Ressalte-se que há alterações significativas no contexto legal e prático acerca da exigência de ISS, sobretudo após a edição da LC 116/2003, que adota nova disciplina sobre o mencionado tributo, prevendo a cessão de direito de uso de marcas e sinais na lista de serviços tributados, no item 3.02 do Anexo. Essas circunstâncias afastam a incidência da Súmula Vinculante 31 sobre o caso, uma vez que a cessão do direito de uso de marca não pode ser considerada locação de bem móvel, mas serviço autônomo especificamente previsto na LC 116/2003.

[Rcl 8.623 AgR, voto do rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 22-2-2011, DJE 45 de 10-3-2011.]

A interpretação da Corte começou a dar sinais de mudança especialmente a partir do julgamento sobre a incidência em contratos de *leasing*, no RE 592.905/SC, de relatoria do ministro Eros Grau, DJ 02/12/2009, que recebeu a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O arrendamento mercantil compreende três modalidades, [i] o leasing operacional, [ii] o leasing financeiro e [iii] o chamado lease-back. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço.

A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição. No arrendamento mercantil (leasing financeiro), contrato autônomo que não é misto, o núcleo é o financiamento, não

uma prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do leasing financeiro e do lease-back.

Entendeu-se que o contrato de *leasing* financeiro, espécie mais comum e utilizada no Brasil, embora composto de elementos oriundos de tipos contratuais diversos como a locação e a compra e venda, tinha como caráter preponderante o financiamento, que é serviço. Portanto, o imposto poderia incidir sobre o valor cheio do contrato, ainda que a prestação de serviço envolvesse a utilização de um bem. A tentativa de categorização estanque em obrigação de dar e fazer seria imprópria. Nas palavras do relator:

Em síntese, há serviços, para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição, que, por serem de qualquer natureza, não consubstanciam típicas obrigações de fazer. Raciocínio adverso a este conduziria à afirmação de que haveria serviço apenas nas prestações de fazer, nos termos do que define o direito privado. Note-se, contudo, que afirmação como tal faz tábula rasa da expressão "de qualquer natureza", afirmada do texto da Constituição. Não me excedo em lembrar que toda atividade de dar consubstancia também um fazer e há inúmeras atividades de fazer que envolvem um dar.

O abandono definitivo pelo Tribunal da leitura da Constituição a partir de conceito jurídico do Código Civil veio com o julgamento do RE 651.703/PA, rel. min. Luiz Fux, em 29/09/2016, no qual se julgou constitucional a incidência do ISS sobre planos de saúde. Eis os principais trechos da primorosa ementa, no que interessa ao presente trabalho:

[...] 2. A coexistência de conceitos jurídicos e extrajurídicos passíveis de recondução a um mesmo termo ou expressão, onde se requer a definição de qual conceito prevalece, se o jurídico ou o extrajurídico, impõe não deva ser excluída, a priori, a possibilidade de o Direito Tributário ter conceitos implícitos próprios ou mesmo fazer remissão, de forma tácita, a conceitos diversos daqueles constantes na legislação infraconstitucional, mormente quando se trata de interpretação do texto constitucional. 3. O Direito Constitucional Tributário adota conceitos próprios, razão pela qual não há um primado do Direito Privado. 4. O art. 110, do CTN, não veicula norma de interpretação constitucional, posto inadmissível interpretação autêntica da Constituição encartada com exclusividade pelo

legislador infraconstitucional. 5. O conceito de prestação de “serviços de qualquer natureza” e seu alcance no texto constitucional não é condicionado de forma imutável pela legislação ordinária, tanto mais que, de outra forma, seria necessário concluir pela possibilidade de estabilização com força constitucional da legislação infraconstitucional, de modo a gerar confusão entre os planos normativos. 6. O texto constitucional ao empregar o signo “serviço”, que, a priori, conota um conceito específico na legislação infraconstitucional, não inibe a exegese constitucional que conjura o conceito de Direito Privado. 7. A exegese da Constituição configura a limitação hermenêutica dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional, por isso que, ainda que a contraposição entre obrigações de dar e de fazer, para fins de dirimir o conflito de competência entre o ISS e o ICMS, seja utilizada no âmbito do Direito Tributário, à luz do que dispõem os artigos 109 e 110, do CTN, novos critérios de interpretação têm progressivamente ampliado o seu espaço, permitindo uma releitura do papel conferido aos supracitados dispositivos. 8. A doutrina do tema, ao analisar os artigos 109 e 110, aponta que o CTN, que tem status de lei complementar, não pode estabelecer normas sobre a interpretação da Constituição, sob pena de restar vulnerado o princípio da sua supremacia constitucional. [...]13. Os tributos sobre o consumo, ou tributos sobre o valor agregado, de que são exemplos o ISSQN e o ICMS, assimilam considerações econômicas, porquanto baseados em conceitos elaborados pelo próprio Direito Tributário ou em conceitos tecnológicos, caracterizados por grande fluidez e mutação quanto à sua natureza jurídica. 14. O critério econômico não se confunde com a vetusta teoria da interpretação econômica do fato gerador, consagrada no Código Tributário Alemão de 1919, rechaçada pela doutrina e jurisprudência, mas antes em reconhecimento da interação entre o Direito e a Economia, em substituição ao formalismo jurídico, a permitir a incidência do Princípio da Capacidade Contributiva. 15. A classificação das obrigações em “obrigação de dar”, de “fazer” e “não fazer”, tem cunho eminentemente civilista, como se observa das disposições no Título “Das Modalidades das Obrigações”, no Código Civil de 2002 (que seguiu a classificação do Código Civil de 1916), em: (i)

obrigação de dar (coisa certa ou incerta) (arts. 233 a 246, CC); (ii) obrigação de fazer (arts. 247 a 249, CC); e (iii) obrigação de não fazer (arts. 250 e 251, CC), não é a mais apropriada para o enquadramento dos produtos e serviços resultantes da atividade econômica, pelo que deve ser apreciada *cum grano salis*. 17. A lei complementar a que se refere o art. 156, III, da CRFB/88, ao definir os serviços de qualquer natureza a serem tributados pelo ISS a) arrola serviços por natureza; b) inclui serviços que, não exprimindo a natureza de outro tipo de atividade, passam à categoria de serviços, para fim de incidência do tributo, por força de lei, visto que, se assim não considerados, restariam incólumes a qualquer tributo; e c) em caso de operações mistas, afirma a prevalência do serviço, para fim de tributação pelo ISS. 18. O artigo 156, III, da CRFB/88, ao referir-se a serviços de qualquer natureza não os adstringiu às típicas obrigações de fazer, já que raciocínio adverso conduziria à afirmação de que haveria serviço apenas nas prestações de fazer, nos termos do que define o Direito Privado, o que contrasta com a maior amplitude semântica do termo adotado pela constituição, a qual inevitavelmente leva à ampliação da competência tributária na incidência do ISSQN. 19. A regra do art. 146, III, "a", combinado com o art. 146, I, CRFB/88, remete à lei complementar a função de definir o conceito "de serviços de qualquer natureza", o que é efetuado pela LC nº 116/2003. 20. A classificação (obrigação de dar e obrigação de fazer) escapa à ratio que o legislador constitucional pretendeu alcançar, ao elencar os serviços no texto constitucional tributáveis pelos impostos (v.g., serviços de comunicação – tributáveis pelo ICMS, art. 155, II, CRFB/88; serviços financeiros e securitários – tributáveis pelo IOF, art. 153, V, CRFB/88; e, residualmente, os demais serviços de qualquer natureza – tributáveis pelo ISSQN, art. 156, III, CRFB/88), qual seja, a de captar todas as atividades empresariais cujos produtos fossem serviços sujeitos a remuneração no mercado. 21. Sob este ângulo, o conceito de prestação de serviços não tem por premissa a configuração dada pelo Direito Civil, mas relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador. [...]

Realmente, o Direito Tributário é ramo próprio, cujo principal fundamento é a necessidade de conferir ao Estado recursos para a realização de direitos fundamentais. Para isso, vale-se da identificação da capacidade contributiva dos cidadãos, revelada, por exemplo, no exercício de atividades econômicas. A operação é possibilitada através da delimitação, pela Constituição, na atribuição de competências, de tipos abertos, e não de conceitos técnicos fechados. Estes, cabe à lei complementar definir, guardados os limites da interpretação possível do texto constitucional. A listagem por lei complementar dos serviços tributáveis, no caso do ISS, é o que conferirá segurança jurídica ao contribuinte.

Além disso, a expressão “de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II (ICMS)” revela a intenção do Constituinte de não deixar qualquer operação de circulação de bem imaterial infensa à tributação, abarcando-se todas as manifestações econômicas de serviços, e não apenas aquelas relacionadas à realização de trabalho humano em favor de outrem (obrigação de fazer), como quer o Código Civil.

Quanto aos planos de saúde, é fácil perceber que o serviço prestado consiste em disponibilizar ao usuário uma rede credenciada de profissionais de saúde e hospitais, garantir de cobertura dos procedimentos médicos previstos no contrato, mediante a administração de fundo composto das contribuições dos contratantes, bem como celebrar de convênios e efetuar pagamentos aos prestadores dos serviços médicos em si. Trata-se, aliás, de atividade econômica muito lucrativa, a revelar evidente capacidade contributiva das sociedades prestadoras.

Vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal retomou, nesse julgamento, o conceito econômico de prestação de serviços, elaborado pelo ministro Fux nos seguintes termos:

[Prestação de serviços é] oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador.

5. Implicações atuais da adoção do conceito econômico

A tese teve uma série de relevantes repercussões expressas em julgamentos mais recentes do Tribunal, que se passam a analisar, sem pretensão de exaurimento.

5.1 Contratos de franquia

Em 29/05/2020, o tribunal decidiu, vencidos os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, o tema 300 da repercussão geral (recurso extraordinário 603.136/RJ), relativo a incidência do ISS em contratos de franquia, fixando a seguinte tese:

É constitucional incidência de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre contratos de franquia (franchising) (itens 10.04 e 17.08 da lista de serviços prevista no Anexo da Lei Complementar 116/2003).

No recurso extraordinário interposto em ação movida contra o Município do Rio de Janeiro, empresa que firmou franquia com rede de fast-food sustentou não haver prestação de serviços pelo franqueador, e sim mera obrigação de dar. A argumentação foi rechaçada pelo relator, ministro Gilmar Mendes, que fez constar das razões de decidir diversas menções ao entendimento adotado no precedente dos planos de saúde, como revelador da evolução da jurisprudência do Supremo na interpretação do que seja prestação de serviços.

Em seu voto, o relator considerou tratar-se de contrato complexo a envolver cessão do uso de marca, assistência técnica, distribuição de produtos ou serviços, administração de negócios, direcionamento na montagem e modo de operação das lojas, treinamento de funcionários, publicidade etc. Além disso, a distinção entre obrigações de dar e fazer é inadequada na investigação do enquadramento da atividade econômica no conceito de prestação de serviços:

A mim me parece que a velha distinção entre as ditas obrigações de dar e de fazer não funciona como critério suficiente para definir o enquadramento do contrato de franquia no conceito de “serviço de qualquer natureza”, previsto no texto constitucional. Digo isso porque, para mim, está mais do que evidente que esta tal estrutura negocial inclui tanto prestações de “dar” como prestações de “fazer”. A rigor, nem mesmo entre os civilistas a distinção entre essas duas situações – obrigações de dar e de fazer – é posta sempre com tal clareza.

Tampouco seria adequada a divisão entre “atividade-meio” e “atividade-fim” no bojo da relação entre franqueador e franqueado, dada a imbricação dessas atividades no mesmo contrato. Semelhante distinção, aliás, incentivaria a manipulação de cláusulas contratuais para reduzir artificialmente o campo de incidência do imposto. A consequência seria a criação de atividade econômica infensa à tributação, o que viola princípios-chave do Sistema Tributário Nacional

como a isonomia e a capacidade contributiva e dificulta a promoção de direitos fundamentais pelo Estado Fiscal.

5.2 Apostas

Também de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o tema 700 da repercussão geral (recurso extraordinário 634.764/RJ) tratou da incidência do ISS sobre exploração da atividade de apostas. O Tribunal, vencido o ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese:

É constitucional a incidência de ISS sobre serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios e prêmios (item 19 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003). Nesta situação, a base de cálculo do ISS é o valor a ser remunerado pela prestação do serviço, independentemente da cobrança de ingresso, não podendo corresponder ao valor total da aposta.

Novamente rememorando a jurisprudência do STF na conceituação da prestação de serviços, e mencionando inclusive precedentes específicos da década de 80 em que a Corte julgara constitucional a tributação das apostas, a corrente vencedora considerou presente, na hipótese, a prestação de trabalho humano remunerado em favor de terceiro, independentemente da qualificação do contrato no âmbito do direito civil. Por isso, é legítima a incidência do ISS, que terá como base de cálculo a parcela da aposta destinada à entidade turfística.

6. Próximos passos: a tributação da economia digital

É seguro dizer que se assiste atualmente a verdadeira revolução mercadológica a partir da popularização do acesso à internet e aos *smartphones*. A chamada *economia digital* ou *colaborativa* modificou a forma de consumir e fez surgir materialidades econômicas que o Direito Tributário ainda luta para conseguir alcançar adequadamente. Citem-se, por exemplo, os aplicativos de transporte urbano, de entrega de comida (*delivery*), de *streaming* de músicas, filmes, séries, livros e outros produtos culturais, de intermediação de locação de imóveis etc.

Todas essas atividades já operam a pleno vapor no Brasil e movimentam valores vultuosos na economia, mas ainda há muitas dúvidas sobre como devem ser tributadas. Discute-se, por exemplo, se o oferecimento dessas utilidades ao usuário final coaduna-se ao conceito de prestação de serviço, a permitir a incidência do ISS.

É certo que o Congresso Nacional já fez inserir na lista anexa à Lei Complementar 116/03 as atividades de *streaming*:

1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Já os aplicativos de transporte e locação de imóveis, que envolvem intermediação negocial entre usuários, podem ser enquadrados no seguinte item da lista:

10.02 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos em geral, valores mobiliários e contratos quaisquer.

No entanto, como as principais controvérsias tributárias nacionais sempre chegam, mais cedo ou mais tarde, ao STF - ainda que seja para o Tribunal negar a existência de repercussão geral e não enfrentar o cerne da matéria -, procuraremos responder a dúvida a partir do estudado a respeito da jurisprudência do Tribunal. Rememore-se, a partir de trecho do voto do ministro Roberto Barroso no acórdão dos planos de saúde (RE 651.703/PA), que o entendimento da Corte já evoluiu para muito além da dicotomia entre obrigações de dar e de fazer, concluindo-se que a preocupação do Constituinte está muito mais em abranger a realidade econômica do que fixar conceitos tecnicamente fechados:

Na linha dos julgados mais recentes sobre o tema, penso que o conceito de serviço para os fins do art. 156, III, da Constituição, não deve ser entendido exclusivamente à luz da legislação de direito civil, muito menos como mera obrigação de fazer em contraposição a uma obrigação de dar, como pretende o recorrente. Em verdade, o conceito de serviço disposto na Constituição é mais amplo do que o descrito na legislação civil e busca abranger as múltiplas e complexas atividades econômicas existentes no mercado. Isso ocorre em razão de dois motivos.

Em primeiro lugar, o texto constitucional delimita como fato gerador do tributo “serviços de qualquer natureza”. Há, portanto, uma clara intenção de inserir uma ampla gama de

serviços, levando à necessária extensão da competência tributária. A amplitude semântica do termo “qualquer natureza” parece denotar a intenção do constituinte de incluir todas as atividades empresariais cujos produtos tenham características semelhantes a serviços e que não estejam englobadas no conceito de serviço de comunicação e serviço de transporte interestadual ou intermunicipal (tributáveis pelo ICMS, nos termos do art. 155, II, CF/88) ou serviços financeiros e securitários (tributáveis pelo IOF, nos termos do art. 153, V, CF/88). Em outras palavras, excetuando as atividades em que o constituinte determinou a incidência de ICMS ou IOF, todas as demais que envolvam a prestação de uma utilidade com elementos de um serviço devem ser tributadas pelo ISS.

Em segundo lugar, o perfil constitucional do conceito de serviço é necessariamente intermediado por uma definição legal. Vale dizer: a Constituição determinou que os contornos jurídicos do serviço de qualquer natureza deveriam ser delimitados por lei complementar específica. Ao definir o conceito de serviço, a Lei Complementar nº 116/2003 inclui em sua lista: (i) atividades tradicionalmente entendidas como prestação de serviços (e.g.: assessoria, consultoria, planejamento, guarda e vigilância); (ii) atividades que passam a categoria de serviço para fins de incidência do tributo, pois, caso contrário, ficariam imunes de qualquer tributo; e (iii) operações mistas, em que se afirma a prevalência do serviço para fins de tributação (e.g.: reparação, conservação e reforma de edifícios; execução de empreitada e subempreitada; conserto, reparo e manutenção e máquinas, veículos e equipamentos).

Portanto, em razão desses dois motivos, não há como interpretar a regra de competência do ISSQN de maneira a conduzir a resultado tão restritivo quanto o que pretende o recorrente, por meio de uma mera dicotomia entre obrigação de fazer e obrigação de dar. Fica evidente que a definição de serviço disposta na Constituição buscou englobar todas as complexas relações econômicas atualmente existentes no mercado, de modo a impedir que determinadas atividades simplesmente ficassem imunes a qualquer tipo de tributação.

Entendemos que a melhor leitura será pela constitucionalidade da incidência do ISS nas hipóteses aventadas, porque se coadunam perfeitamente com o conceito econômico e moderno de serviços atualmente adotado pela Corte, qual seja, oferecimento de utilidade a outrem mediante remuneração.

No caso dos serviços de *streaming*, tem-se que o objeto do contrato é a “cessão de uso”, e não a transferência da propriedade, de bens imateriais como filmes, séries e músicas, além de curadoria e montagem do catálogo, bem como a indicação personalizada de produtos específicos aos clientes a partir de complexos algoritmos capazes de revelar as preferências de cada um.

Para os aplicativos de transporte, o serviço consiste em intermediar o contato entre um passageiro e um motorista a quem interesse realizar aquela corrida; receber pagamentos por plataformas seguras, oferecendo cupons e outras facilidades promocionais aos clientes; garantir o nível de qualidade do serviço através de rigorosa metodologia de avaliação de motoristas e passageiros etc.

Já os aplicativos de *delivery* reúnem em uma só plataforma centenas de restaurantes, facilitando enormemente o contato entre clientes, vendedores e entregadores autônomos, intermediando todo o processo de compra desde a apresentação do cardápio até a entrega na residência do usuário. Analogamente, as plataformas de locação de imóveis possibilitam o encontro de locadores e locatários do mundo todo, partindo da pesquisa de acomodações até a avaliação pública de “anfitriões” e usuários e a resolução de problemas que eventualmente podem surgir na relação contratual.

Por todo o exposto, a leitura mais atualizada da Constituição Tributária, já alcançada pelo STF conforme demonstrado, torna clara a possibilidade de incidência do Imposto Sobre Serviços nessas e em tantas outras relevantíssimas atividades econômicas próprias da era digital.

7. Conclusão

O objetivo deste trabalho foi revisar a jurisprudência do STF no que concerne ao núcleo da hipótese de incidência do Imposto sobre Serviços. Percorreu-se o entendimento da Corte desde antes da Constituição de 1988 até os dias atuais. Viu-se que o conceito contemporâneo, que se pode chamar de econômico, contempla o oferecimento de utilidade a outrem mediante remuneração, independentemente do enquadramento contratual nos tipos do Código Civil (conceito jurídico), que sugeriria interpretação mais restritiva ligada ao desempenho de obrigação de fazer. Por diversos ângulos, constatou-se que a investigação da natureza da obrigação sob as categorias civilistas é insuficiente para alcançar toda a materialidade econômica

destinada pelo Constituinte ao imposto municipal. A relevância da pesquisa foi revelada na resolução de problemas contemporâneos, inclusive pelo próprio STF, a partir da aplicação do conceito mais amplo. Finalmente, sugeriu-se diretriz a ser seguida na resolução das controvérsias que ainda não chegaram à Corte envolvendo novas atividades econômicas da era digital, como o *streaming*, o *delivery* e o transporte por aplicativos, defendendo-se a manutenção do conceito econômico de serviços a confirmar a incidência do ISS sobre tais atividades.

8.Referências

CARVALHO, Paulo de Barros. Não incidência do ISS sobre atividades de franquia (Franchising). RET 56/65, jul.-ago/2007.

LUSTOZA, Helton Kramer. Impostos Municipais para Concursos. Salvador: JusPodivm, 2015.

MELO, José Eduardo Soares de. ISS – Aspectos teóricos e práticos. 5. ed. São Paulo: Dialética.

PAULSEN, Leandro. Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais. Estaduais e Municipais. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NOTAS:

[1] MELO, José Eduardo Soares de. ISS – Aspectos teóricos e práticos. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 38

[2] CARVALHO, Paulo de Barros. Não incidência do ISS sobre atividades de franquia (Franchising). RET 56/65, jul.-ago 2007.

[3] Art. 3º, § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

[4] É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis.

TRIBUTOS VERDES: A EXTRAFISCALIDADE DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – IPTU DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE MANAUS

PEDRO ALCÂNTARA BARBOZA DE SOUZA:

graduando em direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus Manaus.

RESUMO: Este trabalho teve como objetivo geral discutir sobre a criação no âmbito da cidade de Manaus de um sistema de isenção tributária parcial denominado de “IPTU Verde” tendo como base o Projeto de Lei nº 248/2013 apresentado pela vereadora Socorro Sampaio e pelo Projeto de Lei nº 151/2019 apresentado pelo Vereador Prof. Fransuá. Teve como objetivos específicos: descrever a sobre o IPTU no âmbito da cidade de Manaus; identificar os principais problemas de ordem ambiental em nossa cidade e apresentar uma proposta condizente de aplicação de um programa de isenção parcial do IPTU na cidade de Manaus a partir de modelos de preservação ambiental. Para o alcance dos objetivos foi realizada uma pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos com o intuito de verificar trabalhos técnicos que fazem referência ao tema e uma pesquisa documental em documentos técnicos da Câmara Municipal de Manaus. Os resultados apontam para o fato de que a cobrança de um IPTU Verde é profundamente importante, tendo em vista as questões inerentes de preservação ambiental na cidade de Manaus, cuja população necessita de incentivo por parte do ente público para enveredar ações ecológicas.

Palavras-chave: Meio Ambiente; IPTU; IPTU Verde.

ABSTRACT: This work had as general objective to discuss about the creation in the scope of the city of Manaus of a system of partial tax exemption called “Green IPTU” based on the Bill nº 248/2013 presented by the councilor Socorro Sampaio and by the Bill nº 151/2019 presented by Alderman Prof. Fransua. Its specific objectives were: to describe the IPTU in the scope of the city of Manaus; to identify the main environmental problems in our city and to present a suitable proposal for the application of a partial exemption program from IPTU in the city of Manaus based on models of environmental preservation. In order to achieve the objectives, a bibliographical research was carried out on books and scientific articles in order to verify technical works that refer to the theme and a documentary research on technical documents of the Manaus City Council. The results point to the fact that the collection of a Green IPTU is deeply important, in view of the inherent issues of environmental preservation in the city of Manaus, whose population needs encouragement from the public to take ecological actions.

Keywords: Environment; IPTU; Green IPTU.

SUMÁRIO: RESUMO; ABSTRACT; 1 INTRODUÇÃO; 2 AS QUESTÕES AMBIENTAIS; 3 RESPONSABILIDADE SOCIAL; 3.1 Responsabilidade ambiental; 4 IPTU; 4.1 O IPTU Verde; 4.2 Competência tributária para criação do IPTU verde; 4.3 Modelo proposto; 5 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 definiu como tributos municipais em seu artigo 156, o Imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU). Mas não interage com questões ambientais.

No caso do meio ambiente se consolida no art. 225 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) que diz que todos têm direito a um meio ambiente equilibrado. Neste sentido, tanto as constituições estaduais como as Leis Orgânicas Municipais garantem a mesma prerrogativa.

No caso da cidade de Manaus, a LOMAM existem várias citações do termo meio ambiente, como no artigo 15, a letra D, do inciso I do artigo 22, artigo 222 e Inciso IV do artigo 274. Mas dedica um capítulo as questões ambientais: o capítulo II – da Política do Meio Ambiente que conta com 18 artigos subdivididos em parágrafos, incisos e alíneas.

Com relação ao IPTU, este está alocado no capítulo referente aos tributos municipais, Mas chama a atenção o fato de não existirem nenhuma interação entre meio ambiente e IPTU, o que, no momento atual, parece uma situação paradoxal, já que a preservação ambiental é uma demanda da sociedade, mas que necessita de incentivos para fazê-lo.

Cidades do mundo como Dublin na Irlanda, Helsinque na Finlândia, Berlim na Alemanha; Medellín e Bogotá, já adotaram a prática de isenção parcial de impostos em troca de medidas de proteção ambiental certificadas por instituições de enorme respeitabilidade. No Brasil já são 55 cidades que adotaram tal prática como São Bernardo do Campo, Guarulhos, Salvador, Curitiba, Porto Alegre, Goiânia e Cuiabá, entre outras.

Desta forma, este artigo por objetivo geral discutir sobre a criação no âmbito da cidade de Manaus de um sistema de isenção tributária parcial denominado de “IPTU Verde” tendo como base o Projeto de Lei nº 248/2013 apresentando pela vereadora Socorro Sampaio e pelo Projeto de Lei nº 151/2019 apresentado pelo Vereador Prof. Fransuá.

Teve como objetivos específicos: descrever a sobre o IPTU no âmbito da cidade de Manaus; identificar os principais problemas de ordem ambiental em nossa cidade e apresentar uma proposta condizente de aplicação de um programa de isenção parcial do IPTU na cidade de Manaus a partir de modelos de preservação ambiental.

Frente ao exposto, o presente trabalho justifica-se em virtude da importância da Zona Franca de Manaus como modelo de desenvolvimento para região, analisando os tributos que são necessários à manutenção do modelo como um todo.

2 AS QUESTÕES AMBIENTAIS

A história da deterioração ambiental no nosso país começou há quinhentos anos, no momento em que por intermédio da exploração e dominação o Brasil foi perdendo pouco a pouco as riquezas naturais que aqui existiam, por isso, como aparecer à questão da acepção desta historia e sua superação

De acordo com Aquino (2010), o crescente processo de industrialização tem contribuído com a degradação ambiental e a diminuição da qualidade de vida da população em todo o mundo. As causas desses problemas se devem tanto ao uso indevido da natureza e dos recursos naturais quanto à busca de lucros cada vez maiores. Ao longo das gerações o homem provocou transformações no planeta de forma desrespeitosa e pouco inteligente resultando na contaminação dos recursos hídricos, poluição do ar e dos solos, redução dos recursos naturais e aumento da produção de resíduos sólidos. Além disso, o processo de aceleração industrial e mecanização da agricultura ocorridos nas décadas de 1960 e 1970 contribuíram para que a população se concentrasse nas cidades intensificando a exploração dos recursos naturais.

Para Amaral (2014), no contexto globalizado que hoje vivenciamos, um simples tênis que usamos pode ter sido falsificado em um determinado país, sendo que várias partes de seus componentes vieram dos mais variados lugares, e podem vir a ser consumidos or outrem que provavelmente não tem noção das imensas implicações decorrentes destas intrínsecas relações.

Segundo Pedrine, (2015) pode-se dizer que na qualidade atual, o homem poderia ser chamado de homo-sapiens-planetarius, já que está inserido em uma sociedade contemporânea onde toda estrutura econômica está voltada para o lucro desenfreado de um progresso ilimitado e irresponsável, descompromissado com a qualidade de vida da população., Vê-se a predominância de valores econômicos sobre os éticos e humanistas, uma ideia do homem como centro, proprietário e dominador de tudo que existe no planeta.

Já para Santos (2017), tais concepções e formas diferenciadas de ver o mundo em seu espelho/reflexo nas instituições educacionais sobre as mais divergentes óticas. Estas relações muitas vezes são estereotipadas no ambiente educacional.

Esta cidadania exigirá a intervenção e ação de cada sujeito na participação no destino do planeta. Segundo Lima (2014), este desafio nos exige uma nova postura frente às questões ambientais, repensemos nossas imagens mentais e que revisemos, arbitrariamente, nossos conceitos.

3 RESPONSABILIDADE SOCIAL

Para definição da responsabilidade social pode-se dizer que está relacionada ao respeito pelo cumprimento dos deveres e obrigações com os indivíduos e organizações para com a sociedade em geral. A responsabilidade social das organizações surgiu com a necessidade de cada vez mais estarem competitivas no mercado, onde estas cada vez mais se deparam com novas exigências e obrigações dadas a elas. Cotrim (2016, p. 98) cita que:

Os conceitos de responsabilidade social e cidadania corporativa eram umas tendências da época da criação do Pacto Global. Mas não havia uma iniciativa que unisse as experiências de organizações e ajudasse a desenvolver e promover a gestão de negócios baseada em valores universais.

Para Cotrim (2016 através desse Pacto, globalizava-se a ética e a valorização da vida “ao lado da economia e da política” se espalharia pelo mundo, em forma não de lições ou teorias, mas de histórias de sucesso vividas por organizações que decidiram olhar seus funcionários, seu negócio ou a natureza com respeito.

Diante disso, pode-se dizer que o conceito de responsabilidade social corporativa tem uma longa história, onde foi possível traçar evidências do interesse da comunidade de negócios pela sociedade ao longo dos séculos. No entanto, uma literatura formal, sobre o assunto e produto do século XX, especialmente nos últimos 50 anos e nos Estados Unidos. Mas, pode reduzir esse temos, a injunções administrativas e/ou educacionais? A nosso ver não, de forma geral. Responsabilidade social é um conceito único e sua aplicação também, já que quando analisa através do dicionário de ciências sociais, a responsabilidade social é definido como a “responsabilidade de quem é chamado a responder pelos seus atos frente à sociedade ou a opinião pública”. Quando começou, falava-se em apenas responsabilidade social e não em responsabilidade social corporativa, possivelmente

porque nessa época ainda não havia se desenvolvido as organizações modernas (BARBIERI, 2012).

Vallaes & Carrizo (s/d, p. 1) inclusive diz com muita propriedade que as empresas buscam incluir uma série de indicadores neste processo, quais sejam:

- A ética corporativa e de auto regulação do comportamento;
- A qualidade de vida na empresa, negócio trabalho decente, um bom ambiente de trabalho e gestão participativa;
- O compromisso com a proteção do meio ambiente e gestão de impacto ambiental;
- A relação com a comunidade e participação em trabalhos de ação e desenvolvimento social;
- A comercialização de qualidade, relacionamento com clientes, marketing responsável e concorrência leal;
- transparência na informação e operações financeiras e de investimento responsável;
- O respeito pelos direitos humanos, da não discriminação e da luta contra a exploração infantil;
- A luta contra a corrupção e aplicação da lei.

Segundo os mesmos autores, muitos desses pressupostos podem e devem ser incorporados pelo sistema universitário, pois são inerentes as suas atividades. Não se pode pensar em uma universidade que não tenha a ética e a auto regulação de comportamento como pontos preponderantes de suas atuações; não se pode pensar em uma universidade como o ambiente de trabalho que não incorpore os elementos subjacentes à qualidade de vida, um comportamento decente e sem a necessária gestão participativa. Participar é, antes de tudo, um processo, uma caminhada, que desafia qualquer grupo que queira influenciar nos seus destinos, na sua história (PINOTTI, 2016).

Participar é um desafio que gera dentro da sociedade humana caminhos pacíficos - através do diálogo e da negociação - para a conquista de seus direitos, para um esclarecimento de seus deveres, para uma determinação de seus limites e de sua potencialidade. A participação impulsiona a sociedade a descobrir, através do uso de sua criatividade, formas alternativas de conquistar uma melhoria de qualidade

de vida. Participar é tomar parte em alguma coisa, é ter parte em alguma coisa, é fazer parte de algo, é ser parte de uma coisa.

Também não se pode imaginar uma instituição que não tenha preocupações com o futuro do planeta, sem uma relação profícua com suas comunidades, externa e interna, que incremente trabalhos de ação e desenvolvimento social; que seja transparente em sua gestão e tenha compromisso com a Declaração Mundial de Direitos Humanos (DIAS, 2009).

Também o referido autor infere que a diferenciação, deve ser feita de forma a não considerar alunos como clientes e nem o fruto de seu trabalho como produto, muito menos que sua ação seja igual a um negócio, embora no campo privado seja realizada desta forma. A Universidade é diferente, pois trabalha com um bem público (DIAS, 2020).

3.1 Responsabilidade ambiental

O discurso da responsabilidade ambiental tem duas (2) vertentes bem evidentes: a verdadeira preocupação com o meio ambiente e o discurso mercadológico. No primeiro estão implícitas as preocupações com o bem-estar da coletividade imprimindo-se ações de preservação ambiental inferentes. No segundo estão envoltas apenas em apresentar-se de forma responsável em relação ao meio ambiente como forma de não perder mercado. Esta segunda forma é absolutamente plausível com empresas que ao longo de suas histórias pouco ou nenhuma contribuição ambiental permitiram (TEXTO: UM OLHAR SOBRE EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE).

Cotrim (2016, p. 98) cita que:

Os conceitos de responsabilidade ambiental envolvem o conceito de cidadania empresarial corporativa que têm tendências mundial. Ela se dá pela presença na gestão da organização de aspectos relacionados às práticas de projetos de preservação ambiental com a participação da comunidade em que está inserida.

Assim como se pode observar no conceito de Cotrim (2016, p. 98) a responsabilidade ambiental está diretamente ligada à questão de valores, princípios éticos associados à valorização da vida que ao lado do processo produtivo adjacente inclui modelos de preservação ambiental. Então é de se conferir que se trata de um conceito ligado ao mundo privado, já que no papel do Estado está implícita a responsabilidade social, pois, em qualquer atividade estatal, a responsabilidade social

é condição **sine qua non**, embora definir as atividades estatais seja uma tarefa quase que impossível, que esbarra em, pelo menos três tipos de dificuldades. Primeiramente, associa-se de maneira arbitrária o ponto de vista normativo e o ponto de vista descritivo (PINOTTI, 2016).

Está, pois, explicitado que a estrutura econômica da sociedade é a base concreta sobre qual se ergue à superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. Entende-se, então que é um todo que se organiza em decorrência das relações de produção. Fazem parte desse todo, a sociedade civil. Desta forma, fica evidente que a regularização das atividades de cunho de preservação ambiental seja do Estado ou da iniciativa privada geral a regulamentação de valor público. O valor público possui seis pontos fundamentais (PIRES, 2014).

Primeiro; o valor público se baseia nos desejos e nas percepções dos indivíduos – não necessariamente em transformações físicas, e não em abstrações chamadas sociedades. Em consequência, a iniciativa privada também precisa satisfazer alguns desejos e trabalhar de acordo com suas percepções (PIRES, 2014).

Em segundo lugar existem dois tipos diferentes de desejos que devem ser atendidos. O primeiro tipo faz referencia aos produtos e serviços produzidos e distribuídos por intermédio dos mercados. Isso é o objetivo da instituição com fins lucrativos. O segundo tipo de desejo são aqueles relacionados as organizações públicas e estão diretamente relacionados aos serviços públicos de qualidade e da eficiência pública, princípio constitucional (PIRES, 2014).

Em primeiro plano, os desejos dos parecem também podem ser classificados em dois tipos. O primeiro aos produtos e serviços produzidos para a coletividade, mas que desejados e consumidos de forma individualizada, mas que por razões óbvias nem podem ser produzidos para serem consumidos de forma individual (ANDRADE, 2016).

Os outros tipos de desejos estão relacionados ao campo sociopolítico e tem haver com o princípio constitucional da igualdade de direitos, como uma distribuição adequada de direitos e responsabilidades entre organizações, uma distribuição justa de oportunidades econômicas ou de obrigações sociais e um consequente desejo de economizar o dinheiro de impostos investidos em organizações (ANDRADE, 2016).

Pires (2014, p. 345) finaliza: “na realidade esses tipos de aspirações dos cidadãos, levam a crer que as aspirações estão relacionadas aos pressupsotos públicos que qualquer instituição, seja com ou sem fins lucrativos deve possuir”.

Assim, segundo Pires (2014), a produção de bens e serviços tem um valor público (responsabilidade socioambiental), e esse bem ou serviço não se exime de sua condicionalidade e especificidade das preferências e desejos políticos dos cidadãos. Assim, a capacidade das instituições, em satisfazer essas preferências é uma parte importante da sua capacidade de criar valor.

Neste sentido, este estudo baliza-se por uma ótica diversa encontrada na bibliografia corrente da gestão ambiental como responsabilidade social das instituições. Esta, em nível prático teórico tem como pressuposto o papel das instituições nos aspectos ambientais na sociedade atual, não levando em conta os antagonismos, buscando apenas apresentar a importância desse importante componente então a serviço da sociedade como um todo (BARBIERI, 2012).

Diante do exposto, deve-se compreender que realizar uma atividade de responsabilidade social, dentro dos padrões exigidos pela sociedade do conhecimento, com base em valores éticos consagrados é uma necessidade urgente atualmente, preservando uma administração dentro dos ditames do ordenamento jurídico brasileiro, não sendo, portanto, apenas um discurso mercadológico, mas acima de tudo uma ação que se presta conta por meio do Balanço Social (BODILY, 2009).

4 IPTU

O IPTU é um imposto de âmbito municipal, segundo a Constituição Federal – CF/1988 e, é uma das principais fontes de receitas do poder público municipal para gerir o município como um todo. Seu principal alvo é a propriedade no âmbito urbano e tem função social. Sua origem no Brasil vem desde os tempos do Brasil-Colônia, ainda em 1808, quando aqui aportou a família real portuguesa fugindo de Napoleão Bonaparte, Imperador francês que sonhava em dominar a Europa. Sem fontes de recursos para financiar a corte portuguesa, o Rei de Portugal Dom João VI estabeleceu em 27 de junho, a denominada “Décima dos Rendimentos dos prédios Urbanos”, ou seja, criou um imposto que tributava a propriedade no Brasil com o objetivo fundamental de aumentar a fonte de receitas. Somente a partir de 1809 o referido imposto passou a fazer parte da tributação no Brasil, tendo como contribuintes todos os moradores da corte localizada no Rio de Janeiro, ou seja, moradores da área urbana, cidades, vilas e povoações se tornaram os primeiros contribuintes. Sua alíquota era de 10% sobre a renda dos prédios, caso esses tivessem destinação comercial; já aqueles que não detinham destinação comercial pagavam um valor arbitrado pela tributação da Corte. No início, somente o Rio de Janeiro pagava tal tributação, mas logo se estendeu a outras cidades.

Mas seguindo a lógica da instituição de impostos, vem a cabo desta instituição também um sistema de isenção e isso ocorreu com o Decreto real de 26 de abril de 1811 que isentava da cobrança proprietários que não se enquadravam na cobrança. Nascia no Brasil um sistema de privilégios tributários que perdura até os dias de hoje, já que o Decreto Real de 1808 que entrou em vigor em 1809 era claro: seriam tributados todos os proprietários de bens imóveis com destinação comercial ou não. Essa cobrança permaneceu durante o Império do Brasil, mesmo reduzindo-se as condicionalidades de isenção. Somente em 1873 ganhou nova denominação, passando a ser chamado de Imposto sobre Prédios e, em 1881, pelo Imposto Predial.

Com a chegada da República em 1889 e a promulgação de um novo texto constitucional de 1891, as províncias ganharam nova denominação para Estados-membros da Federação e esses passaram a possuir a prerrogativa de instituir o imposto sobre a propriedade que foi cobrado pelos referidos Estados-Membros até a edição da nova Carta Magna, em 1934, que estabeleceu que a propriedade, por se localizar no município, era de competência do município a cobrança de tal imposto. Essa competência se manteve até os dias de hoje, com a Constituição de 1988, garantido essa prerrogativa.

4.1 O IPTU Verde

Partindo de iniciativas de outras cidades brasileiras, a CMM, por intermédio da vereadora Socorro Sampaio apresentou no ano de 2013, o Projeto de Lei nº 248/2013 cujo preâmbulo dizia “Fica instituído, no âmbito do Município de Manaus, o Programa IPTU Verde e dá outras providências”. Em 2018, outro Projeto de Lei nº 151/2019 apresentado pelo Vereador Prof. Fransuá, tem o mesmo propósito. Ambos os projetos detalham, peremptoriamente, quais as medidas de cunho ambiental de proprietários de imóveis localizados em perímetros urbanos deveriam tomar para receberem a isenção parcial ou redução de alíquota do IPTU,

Também detalham o quanto de percentual o referido imposto deixará de arrecadar que varia entre 2% e 20%, dependendo da condicionalidade da medida tomada. Ainda especificam como o proprietário de imóveis deverá proceder para obter tal benefício fiscal e estatui que a Secretaria do Meio Ambiente e Sustentabilidade – SEMMAS, será a responsável pela fiscalização e aprovação ou não do benefício com a emissão de um parecer definitivo sobre a questão.

Essa iniciativa da vereadora supracitada seguiu uma tendência mundial em que economistas ambientais há muito argumentam que a política ambiental deve basear-se mais firmemente no uso de mecanismos baseados no mercado, como impostos ambientais e permissões negociáveis, que integram os custos ambientais da poluição claramente na economia. Seu argumento central é que a regulamentação ambiental

"tradicional" e baseada em padrões de "comando e controle" é economicamente ineficiente porque impõe obrigações unificadas aos poluidores, independentemente de sua capacidade de controlar práticas prejudiciais ao meio ambiente. Isso pode aumentar consideravelmente os custos de conformidade e à futura regulamentação ambiental de qualquer descrição (TORRES, 2005).

Os economistas também consideram que o comando e o controle são ambientalmente ineficientes, pois os poluidores têm poucos incentivos para reduzir a poluição além dos padrões estabelecidos pelo governo, enquanto os mecanismos baseados no mercado criam uma pressão constante nos preços por melhorias para a política nacional e internacional, a contribuição geográfica para esses debates tem sido, em geral, marginal (SOUZA, 2012).

Essa emissão é surpreendente, considerando a extensão da agenda de pesquisa em geografia econômica e a tradição empírica duradoura da disciplina, o que sugere imenso potencial para examinar as implicações espaciais, econômicas e ambientais de políticas que buscam promover o desenvolvimento sustentável (SILVA, 2012).

É importante ressaltar que a iniciativa da CMM segue os padrões mundiais de nacionais que já adotam a medida o denota o comprometimento do poder público municipal em implementar a diretiva da maneira menos onerosa para os proprietários e para o próprio município de Manaus. Conseqüentemente, as reduções propostas pelos projetos de lei atingem o mínimo permitido de 2% e o máximo de 49%, mas não apresentam metas ambientais como por exemplo a cidade de Londres na Inglaterra que apresenta uma meta mínima de recuperação ambiental de 52%. (ROCHA, 2004); (OLIVERIA, 2011). .

Embora a SEMMAS, seja a responsável pela fiscalização e emissão do parecer final, o objetivo dos referidos projetos de lei permaneceu sem o cumprimento dos requisitos mínimos da diretiva. Para reduzir os impactos distributivos e competitivos, as responsabilidades são compartilhadas entre todos os setores da cadeia tributária, de acordo com sua contribuição para a produção de resíduos e o impacto econômico das medidas (AYDOS, 2010).

Os regulamentos propostos na CMM também deveriam isentar as micro e pequenas empresas a partir de medidas efetivas de obrigações diretas de recuperação, o que não acontece, já que os referidos projetos de lei tratam todos apenas como proprietários de imóveis da mesma forma. Os referidos projetos de lei deveriam constar de esquemas especializados de conformidade para ajudar as micro

e pequenas empresas a gerenciar suas responsabilidades ambientais, facilitando ainda mais o ônus da implementação (AMARAL, 2007).

Embora os mecanismos de isenção parcial baseados em percentuais de redução do valor final cobrado do IPTU possam ser classificados de várias maneiras, três objetivos são destaques nas cidades brasileiras que já aplicam tal instrumento, segundo Aydos (2010, p. 13):

- Impostos de incentivo: impostos cobrados exclusivamente com a intenção de mudar ambientalmente comportamento prejudicial, aumentando o custo marginal de poluir; .
- Encargos de cobertura de custos: quando as partes utilizam determinados recursos ambientais para contribuir para o custo de monitoramento ou mitigação. Isso normalmente é alcançado por vincular ou hipotetizar receitas para despesas que melhoram a gestão dos danos ambientais causados por essas atividades; e
- Impostos para aumentar a receita: todos os impostos ambientais geram receita, o que pode contribuir finanças públicas gerais ou reduções nos impostos sobre o emprego ou sobre os produtos.

É importante reconhecer que esses objetivos fiscais não são mutuamente exclusivos, no entanto, como encargos de cobertura de custos ou aumento de receita também podem gerar incentivos efeitos e vice-versa.

No entanto, Aydos (2010) enfatiza a importância da compreensão principal objetivo de cada imposto ambiental, como cobranças que financiam adequadamente, os projetos de gestão que correspondem às necessárias dissuasões da poluição. Da mesma forma, se um imposto ambiental for bem-sucedido na mudança de comportamento, pode aumentar substancialmente menos receita do que o previsto.

4.2 Competência tributária para criação do IPTU Verde

O constituinte originário, ao estabelecer as competências tributárias, fez repartições a todos os entes da federação, sendo divididas em: competências privativas, competência residuais, competência extraordinária, competências comuns e competências cumulativas. A competência privativa, segundo Silva (2002, p. 133), é "a competência que se diz exclusiva[...], não sendo prorrogável". Quem faz a

delimitação dessas competências é a Constituição, conforme será exposto abaixo. Machado (2015) profere que:

O legislador infraconstitucional de cada uma das pessoas jurídicas de Direito Público, ao criar um imposto, não pode atuar fora do campo que a Constituição Federal lhe reserva. Por isto mesmo não pode alterar os conceitos que a Constituição Federal utiliza ao fazer discriminação das competências impositivas. Nem pode construir ficções legais que, de qualquer forma, impliquem alterações daquelas regras da Constituição Federal (p. 100).

O que o douto doutrinador quer se referir é simplesmente que ao ser instituída a competência tributária privativa, o legislador infraconstitucional não pode ultrapassar as barreiras criadas pelo Constituinte Originário e instituir imposto que não está previsto no âmbito de sua competência. Conforme se pode observar dos artigos 153, 155, 156 da Constituição da República as competências tributárias privativas foram taxativamente distribuídas entre os entes federativos, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Alexandre (2017) não se exime de aprofundar, observando que:

No que concerne aos Estados, Distrito Federal e Municípios, as listas são absolutamente exaustivas, pois, ressalvada a possibilidade de Emenda à Constituição, em nenhuma hipótese tais entes poderão instituir quaisquer impostos, ressalvados os que lhe foram expressamente deferidos (p. 205).

Desta forma, o renomado professor supracitado fizera a observação acima pois a União detém a competência residual, não detendo os outros entes federados o poder de criar/innovar no ordenamento jurídico com outro imposto sem relação aos taxativamente elencados pelo Constituinte Originário.

Machado (2015), conceitua o instituto da competência residual como a competência para instituição de imposto não especificamente previsto, ou seja, se a Constituição Federal não atribuiu especificamente, claramente, em seu corpo, a instituição de determinado imposto, este só será criado por via da competência residual, atendidas as peculiaridades que o cercam. A Constituição Federal atribuiu somente à União a competência residual, estando inserida no Art. 154, I, conforme segue:

Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;”

Vale destacar algumas características, tais como: necessidade de lei complementar; não-cumulatividade; não possuir fato gerador ou base de cálculo próprios do já discriminados na Constituição. Interessante destacar que esse artigo veio como uma proteção ao contribuinte, tendo em vista que afasta a possibilidade de uma bitributação ou *bis in idem* disfarçados, sendo estes dois institutos diferentes e abordados em momento oportuno. Logo em seguida, no inciso II do Art. 154 da Constituição Federal, o Constituinte Originário determina a competência extraordinária, sendo constituída quando na iminência de guerra externa. Este imposto, a título de curiosidade, é denominado Imposto Extraordinário Guerra, sendo que até o presente momento nunca fora instituído.

Ferreira (2017, p. 1), conceitua como sendo “o poder que têm a União, Estados, DF e Municípios (entes políticos) para instituírem taxas e contribuições de melhoria, no âmbito de suas respectivas atribuições”⁴. Conforme observa Alexandre (2017, p. 252), “os fatos geradores dos tributos vinculados (taxas e contribuição de melhoria) são atividades do Estado”.

Dessa forma, observa-se que há uma característica contra prestacional na Relação Estado x Contribuinte, conseqüentemente só passando a ter incidência no momento do preenchimento do fator de incidência. Esta competência está prevista no artigo 145, II, da CF e artigos 77 e 81 do CTN. Foi designada expressamente no Art. 147 da CF, veja-se: “Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais”.

O próprio artigo, de maneira clara, explica o que vem a ser a competência tributária cumulativa. Mas para deixar de modo claro, pede-se vênha para citar novamente Alves (2016), através da Editora Ferreira, conceituando como o poder da União de instituir-nos Territórios Federais os impostos estaduais e, ainda, se os Territórios não forem divididos em Municípios, os impostos municipais. Também, o Distrito Federal tem o poder de instituir os impostos municipais, já que não pode ser dividido em municípios (art.32, caput, CF). Assim, vimos que a chamada competência cumulativa ou múltipla é assim denominada, eis que determinado ente político institui certo imposto que, a princípio, é de competência alheia.

Observa-se então que a competência tributária cumulativa nada mais é do que a acumulação por um determinado ente federado de competência tributária designada a outro, mas, por razões peculiares estabelecidas na Constituição Federal, foi cumulada com as que já possuem. Essa especialidade se destina a dois entes federados, como já visto acima, a União e o Distrito Federal, este último que possui regime híbrido de tributação.

Vale destacar que apesar de possuírem esse plus competencial, ainda estão sujeitas às normas gerais de direito tributário estabelecidos pelo CTN, Lei esta que possui forma de lei ordinária, mas fora recepcionada como lei complementar.

4.3 Modelo proposto

Tanto o Projeto de Lei nº 248/2013 apresentando pela vereadora Socorro Sampaio, bem como o Projeto de Lei nº 151/2019 apresentado pelo Vereador Prof. Fransuá seguem as premissas dos modelos de IPTU Verde de outras cidades brasileiras, ou seja, são modelos de redução de alíquota baseados em percentuais que seguem o cumprimento de ações. Na realidade deviam-se seguir em Manaus os modelos europeus em não há redução de alíquota e sim isenção parcial do imposto cobrado de acordo com um sistema de metas ambientais. Desta forma, os proprietários de imóveis, sejam pessoas físicas ou jurídicas deveriam formalizar um cadastramento na SEMMAS. No ato de cadastramento a secretária lhes repassaria um documento de "Responsabilidade do Proprietário" contendo um "Regulamento de Obrigações (redução de problemas ambientais, que demonstraria um compromisso do poder público municipal de implementar a diretiva da maneira menos onerosa.

A partir do cumprimento das metas ambientais estabelecidas em um documentos repassado pelos SEMMAS se isentaria parte do IPTU com pelo menos 52% de recuperação; 45% de restauro, 40% de preservação. 30 por sustentabilidade.

Com isso em vez de seguir o modelo de redução de alíquota propostos nos dois projetos de lei apresentados há CMM, o modelo seguiria uma propositura de parceria entre o poder público e os contribuintes de IPTU, cabendo a SEMMAS, não a fiscalização das ações ambientais, mas o papel de co-gestora dos projetos.

Além disso, a legislação deveria se concentrar em obrigações legais, com a expectativa de que seus efeitos filtrem das pressões das cadeias de meio ambiente. No entanto, essas obrigações seriam dispensadas de micro e pequenas empresas que ingressassem em um 'Sistema Duplo, ou seja, que suas ações ambientais fossem de preservação e sustentabilidade por exemplo.

5 CONCLUSÃO

Quais são as lições mais amplas para mecanismos baseados nos modelos de redução de alíquota de IPTU em vez de isenção parcial que são aplicados no Brasil? Sem dúvida, que embora baseado em ações ambientais e não um programa de metas ambientais factíveis, eles se tornaram uma característica cada vez mais importante da política ambiental nas cidades brasileiras, nos últimos anos, como os governos municipais buscando métodos inovadores para integrar custos ambientais repartidos com os contribuintes oferecendo benefícios tributários.

Da mesma maneira, traduzindo a teoria econômica em prática é um processo complexo, envolvendo tentativas e erro. Exame do funcionamento de políticas como essa de redução de alíquota de IPTU pode fornecer lições importantes sobre tributação ambiental para aumentar teorias desenvolvidas por disciplinas mais abstratas. Embora a contribuição geográfica para esses debates, não foi extensa, é provável que a chamada para estudos empíricos se intensifique conforme os governos busquem orientação sobre aplicações práticas para mecanismos baseados na redução de alíquota aliadas a ações ambientais e sua transferência entre diferentes esferas da política ambiental.

Desta forma, este estudo reafirmou a importância de mecanismos baseados na aplicação de algum tipo de medida tributária para política ambiental. Embora no bojo das cidades brasileiras que já aplicam tal mecanismo não possa atribuir-se diretamente aos instrumentos econômicos, comando e controle de padrões que proporcionem o principal momento político.

Contudo, o estudo também destacou até que ponto os mecanismos de incentivo baseados na redução de alíquota tributária de IPTU com base em ações ambientais são limitados pela inelasticidade da cobrança tributária. Embora, esse problema tenha sido documentado na literatura econômica, a falha em reduzir a alíquota com base em ações ambientais, apesar de impor taxas menores, implica que a demanda será sempre inelástica já que não há uma política de metas ambientais. Além disso, quando os instrumentos econômicos visam um único componente de "cadeias de poluição" como os referidos projetos de lei apresentados na CMM, seu impacto sobre as opções ambientais e redução permanece mínimo, a menos que economicamente taxas prejudiciais são aplicadas.

7 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. Direito Tributário esquematizado. São Paulo: Editora Juspodium, 2017.

AMARAL, F. M. D. do et al. **The role of environmental education in changing school students' perceptions of and attitudes toward coral reefs in the Fernando de Noronha Archipelago, Brazil.** Revista da Gestão Costeira Integrada, Faro (Portugal), v.14, p. 1-8, 2014.

ANDRADE, P. C. de. **O princípio da eficiência no setor público:** reflexões a partir da Constituição de 1988. Artigo. São Paulo: Revista de Administração, ano XVIII, N° 256, 2016.

AQUINO, M. S. **As questões ambientais no cotidiano da educação básica:** políticas públicas, formação do professor e organização curricular. In: REUNIÃO ANUAL DA ANPED, 33., 2010, Minas Gerais. Anais eletrônicos... Minas Gerais, 2010. Disponível em: . Acesso em: 03 dez. 2014.

AYDOS, E. de L. P. **Tributação ambiental no Brasil:** fundamentos e perspectivas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33953-44734-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de set de 2020.

BARBIERI, J. C. **Gestão Ambiental e Empresarial:** conceitos, modelos e instrumentos, São Paulo: Saraiva, 2012.

BODILY, S. **Auditoria em demonstrações sociais.** Artigo, 2009. Versão digitalizada. .

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 16 de set de 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional.** Brasília: Congresso Nacional, 1966. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 16 de set de 2020.

BRIGADÃO, P. N. **Atualizações de direito tributário.** São Paulo: Saraiva, 2014.

COTRIM, G. **História e consciência no Brasil.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, R. **Gestão Ambiental:** responsabilidade social e sustentabilidade, São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, P. R. **Modificações no direito tributário brasileiro nos últimos 10 anos.** Artigo. 2017. Disponível em <http://wwwjusbrasil.com.br> Acesso em 15 de set de 2020.

LIMA, M. J. **The Eco Taxes**: the first global taxes. In: IABE-2014 Annual Conference, 2007, Las Vegas. IABE Annual Conference. Proceedings, 2007. v. III. p. 194-198. Disponível em: <

<http://www.iabe.org/domains/iabeX/Documents/Proceedings/IABE-2007%20Proceedings.pdf>>. Acesso em 15 de sete de 2020.

MACHADO, H. B. **Curso de direito tributário**. São Paulo: RT, 2015.

PEDRINI, A. DE G. et al. **Environmental education and ecotourism concepts in Marine Protected Area of Armação de Búzios**, Rio de Janeiro, Brazil: reflections for the adoption of coastal ecotourism. Revista Brasileira de Ecoturismo, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-73, 2015a.

PINOTTI, R. **Educação Ambiental para o século XXI, no Brasil e no Mundo**, São Paulo, 2016.

PIRES, J. M. **O Agente Público na Constituição de 1988**: o princípio da eficiência. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ROCHA, J. M. **A ciência econômica diante da problemática ambiental**. Disponível em: <http://www.uces.br/site/midia/arquivos/IPES_TD_009_JUL_2004.pdf>. Acesso em 08 jan. 2019; RIA+AMBIENTAL%3A+TRIBUTA%C3%87%C3%83O+INDUTORA+COMO+MECANISMO+DE+DEFESA+DO+MEIO+AMBIENTE&oq=A+EXTRAFISCALIDADE+EM+MAT%C3%89RIA+AMBIENTAL%3A+TRIBUTA%C3%87%C3%83O+INDUTORA+COMO+MECANISMO+DE+DEFESA+DO+MEIO+AMBIENTE&aqs=chrome..69i57j69i64.1987j0j8&sourceid=chrome&espv=210&es_sm=122&ie=UTF-8#>. Acesso em: 16 de set de 2020.

SANTOS, B. de S. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós modernidade. 13 ed. São Paulo: Cortez, 2017.

SCHOUVERI, L. E. **Direito tributário**. Saraiva, 2012.

SILVA, D. P. **Noções de finanças e direito fiscal**. São Paulo: Lexmil, 2002.

SILVA, V. C. de L. e. **A extrafiscalidade em matéria ambiental**: tributação indutora de defesa ao meio ambiente. In: Revista de Pesquisas jurídicas. Vol. 1, n. 1. jul. – dez. 2012. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=A+EXTRAFISCALIDADE+EM+MAT%C3%89RIA+AMBIENTAL%3A+TRIBUTA%C3%87%C3%83O+INDUTORA+COMO+MECANISMO+DE+DEFESA+DO+MEIO+AMBIENTE&aqs=chrome..69i57j69i64.1987j0j8&sourceid=chrome&espv=210&es_sm=122&ie=UTF-8#>. Acesso em 16 de set de 2020.

SOARES, E. S. **Externalidades negativas e seus impactos no mercado**. 1999. Dissertação (Mestrado em Finanças Públicas) – Escola de Administração de empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5362/1199901398.pdf?seq>> Acesso em 16 de set de 2020.

SOUSA, J. A. V. **Redução de alíquota do IPTU incidente sobre imóvel comercial, destinado ao uso residencial, localizado no Distrito Federal**. Portal Âmbito jurídico. Dez/2012. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/23170/reducao-daaliquota-do-iptu-incidente-sobre-imovel-comercial-destinado-ao-uso-residenciallocalizado-no-distrito-federal>>. Acesso em 16 de set de 2020.

TAVARES, A. M. **Fundamentos de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TEXTO: Um olhar sobre Educação Ambiental e Sustentabilidade. Disponível em (https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/17759_8221.pdf) Acesso em 22 de abr de 2020.

TORRES, H. T. **Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – Os limites dos chamados “tributos ambientais**. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005.

VALLAEYS, F.; CARRIZO, L. **Hacia la construcción de indicadores de la responsabilidad Social Universitaria, s/d**. Versão digitalizada.

DANO MORAL A INDÚSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO

ALINE ROCHA MARTINS:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus.

ARMANDO DE SOUZA NEGRAO[1]

RESUMO: O presente trabalho monográfico tem por objetivo identificar a diferença entre mero aborrecimento e o dano moral propriamente dito decorrentes da relação de consumo, buscando maiores esclarecimentos acerca da banalização bem como as decisões jurisprudenciais acerca do instituto. A metodologia utilizada foi exploratório-bibliográfica documental e legislativa bem como outros meios e técnicas de pesquisa disponíveis por meio eletrônico. O método de abordagem foi por meio de um estudo minucioso quanto à aplicabilidade e eficácia da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) bem como os direitos esculpidos na Carta Magna, no Código Civil de 2002 e Lei 9.099/1995.

Palavras-chave: Consumo. Responsabilidade. Dano Moral. Banalização.

ABSTRACT: This monographic work aims to identify the difference between mere annoyance and the moral damage itself arising from consumer relationship, seeking further clarification about the trivialization jurisprudential decisions about the Institute. The methodology used was bibliographical and documentary exploratory and other legislative means and techniques of research available by electronic means. The method of approach was through a detailed study regarding the applicability and effectiveness of law 8,078/1990 (consumer Code) as well as rights carved in Letter Magma, in the Civil Code of 2002 and Law 9.099/1995.

Keywords: consumption. Liability. Moral Damage. Trivialization.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DIREITO DO CONSUMIDOR; 2.1 A origem do Direito do Consumidor- Conceito histórico; 2.2 Relação de consumo; 3 O INSTITUTO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO; 3.1 O titular do direito a reparação; 3.2 O devedor contumaz e o direito a pleitear danos morais; 4 BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO; 4.1 Uso abusivo do direito de ação; 4.2 O Combate à indústria do Dano Moral; 4.3 A quantificação do Dano moral sob o entendimento do STJ. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico trata do instituto do dano moral nas relações de consumo, em uma análise acerca do mero dissabor e o dano moral

propriamente dito que tem se tornado uma prática comum no judiciário causando muitos discursões acerca do instituto. A ideia central da pesquisa é fazer um levantamento dos principais fatores que causam a banalização do instituto e como o Superior Tribunal de Justiça vem atuando para resolver o problema.

Se houver danos materiais, quer sejam na modalidade de danos emergentes ou de lucros cessantes, o consumidor terá direito à reparação integral de suas perdas; da mesma forma, se houver danos morais, terá o consumidor direito à reparação por estes, quais sejam, aqueles que atingem seu direito de personalidade.

Quando um fornecedor disponibiliza no mercado de consumo um produto ou serviço que prejudique, seja nocivo ao consumidor, e tenha conhecimento deste defeito, ele, ou seja, o fornecedor causa um dano ao consumidor, conforme art. 186, 187 e 188 do Código Civil Brasileiro.

É bem difícil estabelecer o valor a título de dano moral, o quantum devido, por se tratar de lesão ao espírito, dependendo de cada caso efetivo, o que ficará a cargo do julgador, que deverá obedecer alguns parâmetros e critérios técnicos e de acordo com a sua convicção diante do caso, que lhe for apresentado ao proferir uma decisão, tendo por base, os princípios da equidade, da razoabilidade, e principalmente o bom senso do julgador.

Primeiramente, autor busca identificar a diferença entre mero aborrecimento e o dano moral propriamente dito decorrentes da relação de consumo, buscando maiores esclarecimentos acerca da banalização desse instituto. Para melhor compreensão acerca do tema faz-se necessário identificar quem é consumidor, quais os objetos que fazem parte dessa relação de consumo, as teorias adotadas pelo Código de Defesa do Consumidor e quais os princípios constitucionais que regulamentam o instituto.

No segundo capítulo, faz-se necessário uma breve síntese acerca do que seria Danos Morais no ordenamento jurídico brasileiro e nas relações de consumo, identificando quem tem legitimidade para ingressar com ação de indenização por danos morais em um breve comentário acerca do devedor contumaz.

No último capítulo, o autor busca demonstrar as principais causas de banalização do instituto do dano moral e a solução encontrada pela Jurisprudência para reduzir o número de ações e desafogar o judiciário. Como destaque o autor pontuou as principais causas de banalização e apresentará em uma linguagem simples e objetiva.

Os instrumentos utilizados no desenvolvimento deste trabalho caracterizam-se pelas pesquisas bibliográfica, documental e legislativa, e ainda, englobam os artigos de revista e internet, além de vários outros meios e técnicas de pesquisa.

O método de abordagem é o dedutivo, onde, a partir da relação entre enunciados básicos, denominadas premissas tiram-se uma conclusão, com base em pensamentos doutrinários em uma análise comparativa e dialética sobre o assunto discutido.

Apoiando-se em especial nos pensamentos de Nunes, Benjamin, Cavalleri Filho e Miragem, citados na obra de Bolzan, dentre outros grandes doutrinadores, proporcionando um estudo mais amplo acerca da relação consumerista e dos impactos causados pela chamada indústria do dano moral.

O autor não busca esgotar todas as informações acerca do tema, pois, trata-se de um assunto amplo e ainda em discussão no meio jurídico, pretende apenas desenvolver um pensamento crítico no leitor e aprimoramento de conhecimentos.

2 DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 A origem do Direito do Consumidor- Conceito histórico

O interesse pelo consumo de novos produtos e serviços aumentou no período da Revolução industrial do aço e do carvão, pois, nesse período houve uma grande migração da área rural para os grandes centros urbanos, surgindo à preocupação dos produtores, fabricantes e prestadores de serviços com o atendimento da demanda.

Por volta da década de 1960 e 1970, após o surgimento da industrialização e a crise econômica no Brasil, começaram a surgir os primeiros órgãos de defesa do consumidor. O Brasil teve como marco significativo com vista à proteção dos interesses difusos da sociedade a edição da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei de Ação Civil Pública. Surgiu ainda no mesmo ano o conselho Nacional de Defesa do consumidor.

O legislador brasileiro reconheceu a necessidade de proteção do consumidor, e para garantir a efetividade dessa proteção, previu através da Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor em seu Título II, que trata "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", previstos no art. 5º, inciso XXXII estabeleceu em seu texto que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; "

Ainda, o artigo 170, V da Constituição Federal, dispõe a defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica e financeira.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor.

Compreende-se dessa forma que o direito do consumidor está entre as garantias fundamentais que decorrem da dignidade da pessoa humana, portanto, quem viola o direito do consumidor encontra-se sob afronta a um princípio fundamental esculpido em nossa Carta Magna. A constituição Federal incumbiu ao estado o dever de promover a defesa do consumidor na forma da Lei, por considerar a existência de desigualdades e hipossuficiência nas relações de consumo. Assim, a partir dessa previsão constitucional, o artigo 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT estabeleceu a criação do Código de Defesa do Consumidor. Senão vejamos:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro do prazo de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (BRASIL. 2018).

Com fundamento jurídico nesses dispositivos constitucionais, em 11 de setembro de 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor - CDC, Lei nº 8.078/90, garantindo ao consumidor proteção constitucional nas relações jurídicas.

A Lei n 8.078/90 regula o direito do consumidor como matéria de ordem pública reconhecendo a vulnerabilidade nas relações de consumo e a necessidade de garantir maior proteção a quem tem seu direito postergado.

2.2 Relação de consumo

Inicialmente, para analisarmos a questão do dano moral nas relações de consumo, devem-se entender quais são os elementos que configuram uma relação jurídica de consumo, identificando quem é consumidor e quem é fornecedor, o que é produto e serviço, e quais os princípios que norteiam essas relações consumeristas. Senão vejamos:

Para o doutrinador Luis Antonio Rizzato Nunes (2012, p. 120):

[...] haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação ao consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.

Portanto, como bem explicado pelo doutrinador, a relação jurídica de consumo é caracterizada quando ocorre uma relação entre consumidor e fornecedor, o qual se torna fundamental para o direito consumerista, pois, é onde este fornece um produto ou presta um serviço especializado, para suprir a necessidade do consumidor, visto como parte vulnerável desta relação, tendo em vista, que este não possui o produto ou não dispõe de conhecimentos técnicos para realizar tal serviço buscado por ele no mercado.

É importante ressaltar, que só haverá incidência do Código Consumerista, quando existir a figura do fornecedor (empresário ou profissional), caracterizando uma relação em que os polos estão em pé de desigualdade, como bem assevera a doutrinadora Cláudia Lima Marques:

O campo de aplicação do CDC ou a relação de consumo (contratual ou extracontratual) é sempre entre um consumidor e um fornecedor, é um campo de aplicação relacional. Neste sentido, podemos afirmar que o próprio conceito de consumidor é um conceito relacional, conceito pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes. Isso porque um profissional dispõe de informações sobre o produto, sobre o serviço e sobre o contrato, é um expert, um profissional no assunto, é este seu "ganha-pão", sua vocação, sua fonte de rendas, sua especialidade; já o outro na relação (o alter, o parceiro em um contrato ou vítima de um acidente de consumo), o consumidor, tem naturalmente um déficit informacional, é um leigo, ele e todos aqueles que como ele formam a coletividade de consumidores afetados por aquela publicidade, produto transgênico, serviço financeiro complexo etc (MARQUES, 2012, p. 87):

Percebe-se, que o CDC estará sempre relacionado à figura do empresário que disponibiliza o produto no mercado consumerista, do profissional que coloca seus conhecimentos técnicos à disposição do consumidor, para que assim, ocorra uma relação entre desiguais, haja vista que o consumidor não detém tal produto ou conhecimento técnico, portanto, se houver uma relação jurídica entre dois iguais, não se configura relação de consumo, e sim uma relação regida pelo código civil ou comercial.

Neste entendimento explica Cláudia Lima Marques:

[...] se dois civis, duas vizinhas amigas, contratam (compra e venda de uma joia antiga), nenhuma delas é consumidora, pois falta o fornecedor (o profissional, o empresário), são dois sujeitos "iguais", regulados exclusivamente pelo Código Civil. Sendo assim, à relação jurídica de compra e venda da joia da família aplica-se o Código Civil, a venda é fora do mercado de consumo. [...]. Já o ato de consumo é um ato misto, entre dois sujeitos diferentes, um civil e um empresário, cada um regulado por uma lei (Código Civil e Código Comercial), e a relação do meio e os direitos e deveres daí oriundos é que é regulada pelo CDC (MARQUES, 2012, p. 87):

Dessa forma compreende-se que o código de defesa do consumidor aplica-se somente a relação entre pessoa física, como destinatário final, ou seja, aquele que adquire o produto para consumo, no qual foi disponibilizado no comércio através da figura do empresário, sujeito que disponibiliza bens e/ou serviços.

3 O INSTITUTO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Os danos morais decorrem especificamente da violação ao direito de personalidade cuja legalidade encontra-se esculpido na Carta Magna no artigo 5º, V e X, e, no Código Civil Brasileiro em seu artigo 186. Ou seja, dano moral é quando o ato ilícito causa dor, sofrimento, desconforto, é quando ofende a honra ou a ordem psíquica do indivíduo de forma imensurável.

Para Miguel Reale (1988, p. 29) "Moral é um conjunto de regras criadas pela sociedade ao longo dos tempos que inseridas no grupo valem como parâmetro para o comportamento socialmente aceitável para determinada comunidade".

Com relação ao conceito de "dano" Maria Helena Diniz (2004, p. 58) definiu de forma ampla como sendo a "lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento que sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral".

O código de Defesa do Consumidor também faz referência ao Dano moral em seu artigo 6º, VI "São direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

A doutrina e a jurisprudência têm definido o dano moral como extrapatrimonial, aquele que atinge a vítima em seus direitos não-patrimoniais sendo portanto, definida como compensatória, e não como ressarcimento.

Os danos morais podem ser individuais quanto suportados por um único indivíduo, coletivos quanto atingem, ao mesmo tempo, vários direitos de personalidade de pessoas determinadas, e ainda, difusos é compreendido como aquele que traz danos sociais.

A indenização por Dano Moral tem carácter estritamente pedagógico em dupla função, de um lado compensar a vítima pelo dano sofrido, e, de outro punir quem causou o dano para que este não reincida no mesmo erro.

O objetivo é inibir as práticas ilícitas e compensar o ofendido, dessa forma o STJ, tem tomado decisões de forma equilibrada em arbitrar valores evitando o enriquecimento sem causa.

3.1 O titular do direito a reparação

O titular do direito de ação por danos morais é àquele que sofre a lesão aos seus bens extrapatrimoniais. Porém a titularidade também pode ser exercida por terceiros, em casos de morte do titular, situação na qual os herdeiros assumirão a titularidade, ou em casos de pessoas que viam sob a dependência econômica do titular.

Nas lições de Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 137) “torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral”, ou seja, para a doutrina clássica existem aqueles que de forma indireta sofrem o reflexo do ato danoso, por ser consequência deste. O autor ainda descreve como o limite previsto no direito sucessório até o 4º grau de parentesco.

3.2 O devedor contumaz e o direito a pleitear danos morais

Devedor contumaz é aquele que já possui inscrição nos cadastros de inadimplentes e busca pleitear indenização por Danos Morais decorrente de cadastro indevido nos órgãos de Proteção ao Crédito.

Acerca do tema o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que não haveria tal direito, nos termos da Súmula 385 do STJ: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvando o direito ao cancelamento”.

O STJ entende que quando preexiste inscrição nos cadastros de inadimplentes inexistente a “surpresa” por parte do consumidor, sendo regular apenas pleitear para seu cancelamento, e não o reconhecimento de danos morais.

O doutrinador Nunes identificou outros objetivos para a formalização do aviso prévio aos consumidores quanto à inscrição nos cadastros de inadimplentes:

“(Respeitar direito constitucional da garantia da dignidade e imagem do consumidor; dar prazo para que o consumidor tome medidas 9estrajudiciais ou judiciais) para se ter à negativação quando ilegal; ou ter chance de pagamento da dívida, impedindo a negativação (ou mesmo negociais a dívida)” (NUNES, 2012, p. 149).

Nos processos precedentes da súmula, se entendeu que, haja vista a existência de outras inscrições desabonadoras, não haveria o que se falar em dano moral, uma vez que a situação de negativação não é fato novo na vida do consumidor.

Entretanto, quando da redação da súmula, vê-se que não há um número norteador de quantas inscrições são necessárias para que não sejam devidos os danos morais. É a mesma lacuna que se vê na figura do "devedor contumaz", denominada pela Corte Superior como aquele consumidor que possui várias inscrições anteriores regularmente realizadas em seu nome.

São inúmeras as decisões dos juizados especiais que contrariam a súmula 385, porém o Superior Tribunal de Justiça continua firme em no seu posicionamento em não reconhecer o direito de pleitear danos morais em se tratando de devedor contumaz.

4 BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Antes do Código de Defesa do consumidor - CDC, os consumidores eram obrigados a se conformar com produtos defeituosos, sem garantia, vícios no produto e nos serviços e cobranças indevidas, por fim, todas as situações vivenciadas pelo consumidor. Com a Constituição Federal, o Código Civil e o CDC, o consumidor passou a ter maior proteção ao passo que ocupa a parte vulnerável na relação de consumo. Dentro desse contexto, a autora Judith Martins Costa afirma:

A indenização punitiva ganha espaço no cenário nacional, pois é instrumento apto a coibir danos causados por empresas que auferem lucro, colocando no mercado um grande número de produtos danosos, mesmo com o custo da indenização paga às vítimas que ingressam em juízo buscando o ressarcimento pelos danos sofridos (COSTA, 2005, p. 89).

O fato é que, a ação de danos morais ingressadas por violação aos direitos do consumidor tem crescido gradativamente, bem como reiteradas decisões desproporcionais, causando algumas divergências quanto à aplicação do dano moral, configurando o enriquecimento sem causa. Visto que “uma indenização alta para um dano pequeno é tão injusta quanto uma indenização pequena para a compensação de um grande dano moral” (FARIAS JUNIOR, 2017, online).

A aplicação do valor adequado quanto ao dano, fica a cargo da análise subjetiva do julgador, que deve observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade para que não venham existir condenações vultosas ou ínfimas, para que não haja prejuízo a nenhuma das partes desnecessariamente.

A indenização por danos morais busca na verdade garantir o respeito aos direitos da personalidade. Todavia, no momento em que o quantum indenizatório não se mostra como apto a desestimular comportamentos lesivos, a finalidade que a norma procurava proteger se varre na ideologia social de que o dano moral poderia ser utilizado como instrumento de mercantilização.

Dessa forma, deve-se atentar para uma incompatibilidade entre o carácter punitivo e o não enriquecimento da forma em que vem sendo aplicado. De um lado é sustentada a “banalização dos danos morais por conta do enriquecimento indevido, em contrapartida tem ocorrido a “banalização da prestação dos serviços” ocasionando lesões extensivas à coletividade sempre visando a diretriz de lucro.

Por muito tempo o poder judiciário aplicou o dano moral a todo e qualquer fato, condenar por condenar, tornou-se, em muitos casos, verdadeira prática de comércio e muitos prejuízo para algumas empresas, tais situações desvirtuam a real finalidade do dano moral causando uma verdadeira banalização do instituto.

4.1 Uso abusivo do direito de ação

Como já apontado anteriormente, o direito de ação e reparação do dano moral são garantidos pela nossa constituição em um estado democrático de direito da ordem de 1988 e, é através desse instituto que as pessoas que se sentirem lesionadas podem buscar a tutela jurisdicional. O fato é que muitas pessoas utilizam esse direito de forma abusiva, ocupando o judiciário e causando prejuízos para o Estado e para as empresas envolvidas.

Além dos gastos desnecessários e o desgaste psicológico dos envolvidos no litígio, reflete diretamente no congestionamento processual nos tribunais, conforme apontado na jurisprudência colacionada abaixo:

Os Tribunais brasileiros, sobretudo os Tribunais Superiores, estão abarrotados de demandas retóricas, sem a menor perspectiva científica de sucesso. Essa prática é perversa, pois além de onerar sobremaneira o erário público - dinheiro que poderia ser empregado em prestações do Estado - torna todo o sistema brasileiro de justiça mais lento e por isso injusto. (...) O processo é um instrumento dialógico por excelência, o que não significa que possa admitir toda ordem de argumentação. (TRT/3ª Reg., RO 0760/2008-112-03-00, 4ª T, Rel. Juiz Convocado José Eduardo de Resende Chaves Júnior, DJMG 21/2/2009) (BARROS, 2013, p. 229)

Os danos extrapatrimoniais têm sido discutidos pela jurisprudência por evidenciar em alguns casos incentivo a malícia, má fé e lucro fácil, dessa premissa parte a necessidade da consolidação de uma jurisprudência firme acerca da efetiva caracterização e quantificação do dano moral evitando que consumidores busquem o ganho de valores exorbitantes.

O abuso do uso do instituto do dano moral não caracteriza a finalidade protetiva ao consumidor da maneira como visa resguardar, E, ao final, além do enfraquecimento dos institutos ora considerados, o consumidor, parte mais fraca da relação, acaba prejudicado (COSTA, 2005, p. 89).

O autor busca uma reflexão acerca do da efetividade do direito de ação e a necessidade em se criar uma nova cultura jurídica que versem sobre os danos morais nas relações consumeristas, pautadas na justiça e democracia com o objetivo de alcançar o instituto com maior eficácia na proteção de quem realmente sofreu lesão decorrente da relação de consumo.

4.2 O Combate à indústria do Dano Moral

A industrialização do dano moral é tida como um ato imoral, diante da grande quantidade de demandas existentes em nossos tribunais, sem qualquer fundamentação para a aquisição de tal direito, acabam por contribuírem para a banalização do instituto.

O dano moral consagrou-se em nossa realidade jurídica e social através da Constituição Federal, que é utilizado como forma compensatória ao lesado, haja vista que a dor, as angustias, assim como todo e qualquer sentimento com repercussão negativa à personalidade de alguém não tem preço, sendo impossível quantificar o tamanho do dano causado. Hoje o que mais se discute entre os juristas brasileiros, é

a forma de liquidação do Dano Moral, através de um caráter preponderantemente subjetivo, uma vez que, a legislação pátria é omissa, recaindo sobre os nossos magistrados a árdua tarefa de quantificarem o valor da indenização.

Para combater as indenizações milionárias que ainda aparecem em nossos tribunais, seria necessária uma padronização dos critérios quantificadores entre os magistrados. O critério de levar em consideração as condições do ofendido e do ofensor, buscando o efeito compensatório ao ofendido e penalizatório - educativo ao ofensor, já se espalhou e sedimentou por todas as comarcas do país, em alusão direta ao Princípio da Proporcionalidade. A autora Maria Helena Diniz, afirma que:

“A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo à sua reparação econômica...” (DINIZ, 2012, p. 72),

Podemos observar que existem diferentes decisões por danos morais voltados para a honra e a imagem, independentemente da classe social demonstrando a falha dos mecanismos disponíveis, cujo valores estipulados podem se configurar em enriquecimento sem causa, nos quais causam descrédito a própria concepção da responsabilidade civil.

4.3 A quantificação do Dano moral sob o entendimento do STJ

Em busca de uma solução para o crescente número de processos que buscam indenizações por danos morais e sobrecarregam o judiciário Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que “o mero aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral.” Essa pacificação tem o condão de evitar gastos desnecessários ao poder judiciário em demandas repetitivas e desnecessárias.

A quantificação do dano moral depende da circunstância e da peculiaridade de cada caso, não é tida como uma decisão simples e deve ser tomada de forma a evitar injustiças, vale ressaltar que tais decisões ficam a par do poder discricionário do juiz, da doutrina e da jurisprudência em fixar padrões e critérios de razoabilidade sem que haja prejuízo excessivo para nenhuma das partes.

Nesse contexto, vale citar um pequeno trecho da obra abaixo:

Depara-se o órgão julgador, então, com a tarefa de ponderar o valor devido a título de condenação pela ação contrária ao direito. Entre os extremos da modicidade da indenização e condenações milionárias, o juiz deverá quantificar o dano moral de acordo com o ditado pelo bom senso (REVISTA DIREITO GV, 2009, p. 176).

A fixação dos danos morais quando fixados pelas instâncias inferiores de forma irracional, podem ser revistas pelo STJ, mesmo que não se possa mais revisar a matéria fática discutida. Esse é o entendimento do STJ da lavra do Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito "(...) o valor da condenação por danos mais pode ser revisto quando exorbitante, abusivo, ou mesmo insignificante, irrisório" (BRASIL, 2003). Vale ressaltar que deve ser levada em consideração a situação econômica do réu.

Para a quantificação do dano moral, devem-se observar alguns critérios tais como: a natureza do direito; o grau de hipossuficiência do devedor; as consequências da violação; a possibilidade de se evitar a ofensa e os esforços para reparar o dano, tais critérios são de suma importância para que o dano moral cumpra a função pedagógica- punitiva.

Tal função foi adotada pela jurisprudência para evitar reincidência de ilícitos contra o consumidor, pois, se as violações são reiteradas, o fornecedor demonstra não se importar com a situação dos vulneráveis, que se veem constrangidos a buscar a tutela judicial. Mesmo que se estabeleçam critérios para a aferição do quantum indenizatório, ainda existem dificuldades de mensurar o sofrimento psíquico da pessoa afetada pelo dano.

O fato é que, mesmo nos casos de mero aborrecimento os clientes estavam sendo "agraciados" com as indenizações de dano moral. Aos poucos os tribunais têm passado a diferenciar as situações em que há mero aborrecimento por parte do consumidor dos casos em que há dano à honra subjetiva ou à reputação da vítima.

Frisa-se que o código de defesa do consumidor não conceitua o dano moral, pois, trata-se de uma questão doutrinária, que deve ser analisada de acordo com a situação, caso a caso, respectivamente na prática.

Para alguns julgadores a banalização do dano moral deve ser evitada em hipótese de mero aborrecimento, tédio ou desconforto que infelizmente é típica do cotidiano.

5. CONCLUSÃO

De acordo com os dados colhidos na presente pesquisa, vimos que o Direito do consumidor foi criado com base na Constituição Federal em respeito ao princípio da igualdade e dignidade da pessoa, observando ainda o princípio da proporcionalidade, vulnerabilidade, transparência, princípio da boa-fé objetiva, princípio da inversão do ônus da prova dentre outros mencionados anteriormente.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a Teoria Finalista ou Subjetiva e mais tarde passou a aplicar a Teoria Finalista Mitigada ou Finalista Aprofundada com ênfase na responsabilidade civil objetiva.

O direito do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, adotando a responsabilidade civil, protegendo o consumidor que é a parte mais vulnerável da relação consumerista. Quando se trata de relação consumerista a ideia de punição pedagógica quando arbitrado uma indenização de danos morais na relação de consumo tem carácter punitivo e compensatório pelo dano causado.

Para caracterizar os danos morais a doutrina definiu como sendo um dano que atinge a pessoa e não seus bens materiais é um sofrimento em seu interior, uma dor incomensurável.

Por muito tempo, a dificuldade de identificar os danos extrapatrimoniais, gerou diversas discussões ao passo que alguns juízes caracterizavam situações de mero dissabor como passível de danos morais, estipulando indenizações extravagantes e desnecessárias.

Hoje, muitos questionam o judiciário por não aplicar uma indenização maior ao fornecedor pela má prestação de seus serviços ao passo que causam danos morais, como forma de evitar reincidência. Essa tática costumava ser aplicada pelo judiciário, porém, observou-se que as indenizações extravagantes, atraíam pessoas que litigavam com má fé, em busca de enriquecimento sem justa causa. “aplicar uma indenização no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil) reais por um defeito ocorrido em um aparelho celular que custou R\$900,00 (novecentos) reais”, por exemplo, é totalmente desproporcional, e atrativo ao litigante de má fé.

Verificou-se que as causas que banalizam do instituto do dano moral é justamente a facilidade de ingressar com ações nos Juizados Especiais Cíveis sem a necessidade de pagamento de custas e de assistência de advogado, pois, não geram prejuízos ao demandante em primeira instância, ainda que infundadas.

Ao longo do tempo a Jurisprudência firmou entendimento quanto ao devedor contumaz e o mero aborrecimento, tais situações não geram danos

extrapatrimoniais, portanto, não são passíveis de indenizações. O fato é que, mesmo com a pacificação da jurisprudência alguma decisão de primeiro grau tem sido tomada de forma divergente sendo levadas até o Superior Tribunal de Justiça. Vale ressaltar que esses tipos de ações oneram e causam prejuízos ao estado.

Contudo, verifica-se que quando falamos em banalização do dano moral, estamos falando da busca incessante e na maioria das vezes desnecessárias de pessoas que supostamente teriam sofrido danos extrapatrimoniais na relação de consumo, visando exclusivamente o enriquecimento sem causa e trazendo prejuízos a empresas e ao erário público.

Podemos ainda observar que as condenações por danos morais têm reduzido gradativamente, ao passo que os nossos tribunais tem aplicado sentenças em valores irrisórios, com o objetivo de combater a famosa indústria do dano moral.

Sendo assim, a jurisprudência busca com suas decisões, arbitrar sentenças que não estimulem a banalização e a indústria do dano moral sem que não haja impunidade aos que realmente sofreram danos extrapatrimoniais passíveis de uma indenização justa de acordo com o grau do dano.

O autor da presente pesquisa trouxe ao leitor informações doutrinárias legislativas e jurisprudenciais, para desenvolver um pensamento crítico e literário acerca do tema.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTIGO. FARIAS JUNIOR, Aloisio de Melo. **Artigo: uma reflexão sobre banalização dos pedidos de indenizações por danos morais a importância em se fazer justiça.** Jusbrasil. 2013. Disponível em: <https://aloisiojrmcz.jusbrasil.com.br/artigos> Acesso em: 05/08/2020.

BARROS, Renata Furtado; POLI, Leonardo Macedo; Lara, PAULA Maria Tecles. **Direito e Justiça: Estudos Jurídicos Contemporâneos.** 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor** – 4ª. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor esquematizado.** Coordenação de Pedro Lenza (Coleção esquematizado), 4ª ed.- Saraiva, 2016.

Direito do consumidor esquematizado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 05/08/2020.

Lei 10.406/2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 11/08/2020.

Constituição da República Federativa do Brasil- 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11/08/2020.

Lei 7.347/1985. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 16/08/2020.

Superior Tribunal de Justiça - STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgRg no AREsp 328043 GO 2013/0109491-0. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24158097/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-328043-go-2013-0109491-0-stj>. Acesso em: 11/08/2020.

Superior Tribunal de Justiça - STJ. RESP 303.396/PB, Relato-r Ministro BarrosMonteiro, DJ24.2.2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/RESP-303.396/PB-Relato-r-Ministro-BarrosMonteiroDJ2422003>. Acesso em: 11/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. RESP. 438.696, 3ª T. j., 18/03/2003. DJ 19/05/2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/RESP-438696-3a-T-PB-18032003-DJ19052003>. Acesso em: 11/08/2020.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/principio-da-reparacao-integral>. Acesso em: 11/08/2020.

Lei 9.099. Leis do Juizado Especial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 11/08/2020.

COSTA, Judith Martins. PARGENDLER, Maria Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro).** Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 2005.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002**, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil. 18. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10- 1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, **Carlos Roberto. Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

INTERNETE, 2018. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551659882/recurso-especial-resp-1692910-sp-2017-0206810-1/decisao-monocratica-551659906>. Acesso em: 08/08/2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos do Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 1992.

REVISTA DIREITO GV. **A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do stj sobre relações de consumo bancárias**. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a09v5n1.pdf>. Acesso em: 08/08/2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. São Paulo: Forense 2016.

NOTA:

Professor orientador do Trabalho de Conclusão de Curso no Centro Universitário Luterano de Manaus (ULBRA). E-mail: armando.negrao@ulbra.br

A USUCAPIÃO ESPECIAL FAMILIAR POR ABANDONO DO LAR E SUAS NUANCES

GEORGE FEITOZA RIBEIRO:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus Ceulm-
Ulbra

RUBENS ALVES DA SILVA [1]

(orientador)

RESUMO: A usucapião pode ser compreendida como modo originário e legal de aquisição de propriedade. O artigo tem como objetivos, discorrer sobre o breve histórico e sua conceituação, e sua presença no ordenamento jurídico Brasileiro, avaliar a mais nova modalidade da usucapião e suas nuances. A problemática fatos ligados ao abandono, sua não concessão ao cidadão rural, além disso se o regime de comunhão de bens pode interferir ou não nesse instituto, assim avalia-se a questão da segurança jurídica no direito brasileiro, sendo ela apenas de dois anos, quantos as outras são no mínimo cinco anos. O trabalho foi elaborado, através de pesquisa bibliográfica, onde foi utilizado livros de doutrina do direito, artigos científicos a respeito, leis e jurisprudência. Portanto conclui-se que essa modalidade de usucapião o legislador foi feliz em cria-lo, já que vem fazer justiça a diversas famílias que são abandonada e esquecidas pelo cônjuge, sem a menor sensibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião; Família; Cônjuge; Código Civil

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Referencial teórico – 2.1 Breve conceito e surgimento da usucapião – 2.2 A usucapião no ordenamento jurídico brasileiro e suas principais espécies -2.3 A usucapião especial familiar por abandono do lar, prazo, requisitos e suas nuances -2.4 Fatos ensejadores da possibilidade de usucapir – 2.5 Crítica a não concessão da usucapião familiar rural -2.6 Quanto a propriedade e regime de bens – 3 Considerações finais -4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, é sabido que um dos maiores problemas na sociedade é a falta de moradia, pois é perceptível que muitos cidadãos não têm sua casa própria, pois moram alugado, na casa de terceiro ou até mesmo na rua, uma vez que seja pelo valor alto ou talvez outros fatores que há impeça. Nesse sentido, muitos casos de pessoas que adquire a posse de algum imóvel e tentar reconhecer através do direito como seu. Assim sendo, o instituto da usucapião no direito brasileiro, surgiu como uma forma de tentar solucionar esta questão e reconhecer esse direito.

A usucapião pode ser compreendida como modo originário de aquisição de propriedade, estando previsto na Constituição Federal vigente e o no Código Civil de 2002, onde tem-se várias espécies como a usucapião urbano, rural, extraordinário, e o mais recente que é o especial familiar por abandono do lar.

A respeito do instituto da usucapião por abandono do lar surgiu no ano de 2011 através da lei n. 12.4024, o qual fora incluída no Código Civil e presente nos termos do artigo. 1.240.A. nesse contexto o tema deste artigo é a usucapião familiar por abandono do lar e suas nuances.

Tendo como objetivos, discorrer a respeito do breve histórico e sua conceituação, contextualizar sua presença no ordenamento jurídico Brasileiro, avaliar a mais nova modalidade da usucapião e suas nuances.

A problemática deste tema, paira sobre vários aspectos como quais tipos de fatos ligados ao abandono pode ensejar este instrumento e ser arguido, bem como sua não concessão ao cidadão rural, além disso se o regime de comunhão de bens pode interferir ou não nesse instituto, assim avalia-se a questão da segurança jurídica no direito brasileiro, já que esta espécie de usucapião é diferente das modalidades tradicionais, sendo ela apenas de dois anos, quantos as outras são no mínimo cinco anos.

O trabalho foi elaborado, através de pesquisa bibliográfica, onde foi utilizado livros de doutrina do direito, artigos científicos a respeito, leis e jurisprudência. Quanto ao conceito, segundo Gil (2012) é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Esse tipo de pesquisa auxilia na escolha de um método mais apropriado e também ao conhecimento aprofundado do assunto, levando em busca de obras sobre o assunto, quer saber se já se tem algo publicado, levando a busca mais profunda do fenômeno.

2.REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 BREVE CONCEITO E SURGIMENTO DA USUCAPIÃO

As origem da história do usucapião, surgiram inicialmente com o direito romano, Oliboni (2015), afirma que o instituto do usucapião deu-se com as leis das doze tábuas, onde tornou-se um dos instrumentos para adquirir bens. Ressalta ainda que este instrumentos só poderia ser usado por romanos de origem.

Naqueles tempos essa ferramenta de adquirir posse, tinha o intuito de verificar se aquele indivíduo estava adquirindo de boa fé, daquele que detinha o bem. Pois havia toda uma questão burocrática para sua aquisição.

Ressalta Nunes (2002, apud Oliboni, 2015) que nos tempos romanos em sua áurea, foi Justiniano em que implementou o usucapião, como também criou sua prescrição de forma prolongada, na época chamava-se usucapião.

Afirma, (ROSENVALD,2010,p.231) que:

Após 528 depois de cristo, o chamado Justiniano, excluiu as diferentes tipos de propriedade que eram a civil e pretoriana, no qual juntou ao instrumento no usucapião, onde deu direito a quem tinha, onde poderia ter o bem através do tempo, com o passar dos anos.

As origens conceituais do usucapião, advém do latim “usucapio”, onde usu: significa “posse”, quanto capio é: adquirir. Assim, o surgimento do usucapião em terra romana na época, tinha o intuito de adquirir o bem com o passar dos anos.

Conceitua (GOMES,2008.p.89) que a usucapião:

É a via legal de se adquirir a propriedade seja ela móvel ou imóvel. Assim a pessoa que detém a posse desse bem, será o proprietário. Ressalta ainda que suas origens histórica, nasce no direito romano.

Ainda, Nunes (2002), afirma que a usucapião e aquisição é o modo originário para aquisição da propriedade pelo possuidor, onde previsto em lei, devendo seguir os requisitos ensejadores para ter esse direito.

Portanto compreende-se que a usucapião, suas origens históricas, tem seu surgimento na Roma antiga, difundida por Justiniano, onde dava a possibilidade de quem tinha a posse viesse a ser proprietário conforme com o passar dos anos. E compreensível também, que a ideia está relacionada à vontade, definição e proteção de um bem pelo possuidor, declarando esse como legítimo proprietário.

Quanto ao conceito avalia-se que e a maneira originária e legal para adquirir a propriedade pelo possuidor desse bem. Onde busca o reconhecimento para que seja o legítimo proprietário.

2.2 A USUCAPIÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO E SUAS PRINCIPAIS ESPÉCIES

Esse importante instrumento, de aquisição de propriedade, chamada usucapião, tem seu amparo legal na Carta Magna de 1988. Na modalidade Urbana, prevê que quem seja possuidor de maneira ininterrupta e sem oposição pode usucapir, entre outros requisitos exigidos vejamos:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Já mais adiante na própria CF/88, tem-se a previsão do usucapião Rural, onde não devendo ser proprietário de qual tipo imóvel, devendo ter a posse e dando uma função social. Observa-se:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Para regulamentar toda essa questão do usucapião, este instituto foi introduzido no Código Civil Brasileiro vigente do ano de 2002. La dispõe e descreve as espécies da usucapião existente.

Nos termos do artigo.1.238, prevê a forma da usucapião Extraordinário. Observa-se que essa modalidade exige 15 anos, e independe de boa-fé, não devendo haver interrupção. Observa-se:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo

requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Já o instituto na modalidade Ordinário, está no mesmo Código Civil, nos termos do artigo.1.242, aduzindo que:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Nesse contexto o Ordinário, o artigo citado prevê, que o lapso temporal é de dez anos, no entanto nessa circunstância devendo ter justo título e boa-fé. Também é interessante notar que caso a pessoa tiver adquirido financeiramente, podendo até diminuir de dez para cinco anos.

Ainda temos, a mais recente e nova espécie da usucapião, previsto no artigo.1.240-A do Código Civil. Onde cuida do instituto especial familiar por abandono do lar, no qual será discorrido em título própria, já que será o assunto a ser tratado.

2.3 A USUCAPIÃO ESPECIAL FAMILIAR POR ABANDONO DO LAR, PRAZO, REQUISITO E SUAS NUANCES

A usucapião familiar, é mais uma das modalidades deste instituto, para adquirir o direito de propriedade. Uma das recentes inovações criada através da lei n. 12.424 no ano de 2011. No qual fora incluída no Código Civil e presente no artigo. 1.240.A, desta norma, no qual dispõe sobre seu prazo e requisitos, aduzindo que:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1.O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Analisando acima o artigo, com relação as demais espécies no que diz respeito ao tempo. Pois diferente dos outros diminui bruscamente para dois anos. Devendo ser de forma ininterrupta e sem oposição. Ainda deve o cônjuge, ter abandonado o lar.

Quanto ao início da contagem do prazo, (AMORIN,2012,p. 201), comenta:

Essa contagem é feita a partir de 2 anos, como prescreve a lei, levando em consideração o início da separação de fato, daí já podendo pleitear esse direito. Porém, devendo, que detenha a posse e comprovancia de outros requisitos como motivo justo.

Sobre este novo dispositivo, previsto no Código civil vigente, seu surgimento deu-se em virtude do programa, minha casa minha vida, criado pelo governo federal, que por conseguinte fora criada a lei 12.424 no ano de 2011. O objetivo desta lei era amparar as mães e seus filhos menores que na época eram deixada de lado e abandonada pelo marido sem dar satisfações, e ao regressar novamente alegava ter direito sobre o lar também. Nesse sentido fora implementado tal lei já citado com intuito de combater essa questão. Por conseguinte foi elevado e acrescentado no norma civil vigente.

A respeito de seu conceito (FLÁVIO TARTUCE, 2011), afirma que:

É uma nova modalidade de usucapião, que pode ser denominada como usucapião especial urbana por abandono do lar. Apesar da utilização do termo usucapião familiar por alguns juristas, entende-se ser melhor a adoção da expressão destacada, para manter a unidade didática, visando diferenciar a categoria da usucapião (...) o que está em sintonia com a proteção da moradia como fator do piso mínimo de direitos ou patrimônio mínimo

Sobre a usucapião familiar a (IBDFAM, 2017) expõe que:

A usucapião familiar é uma espécie de aquisição da propriedade que foi criada no Brasil pela Lei nº 12.424/2011, ao incluir o artigo 1.240-A no Código Civil, prevendo que aquele que exercer por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano próprio

de até duzentos e cinquenta metros quadrados, cuja propriedade dividia com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, terá adquirido o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Quanto a questão de tempo e demais diferenças para as outras espécies, o autor, (TARTUCE, 2011) expõe que:

A principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo previsto, entre todas as

modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos). Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo exige e possibilita a tomada de decisões com maior rapidez.

Analisando o artigo já disposto, que o regulamento, tendo em vista que tratando-se de família é sabido que na atual conjuntura da sociedade brasileira, é um dos fatos recorrente do dia-dia, o abandono do lar pelo cônjuge, deixando a família muito vezes em dificuldades e com grandes responsabilidades para com os filhos e questão financeira.

O autor, (TARTUCE, 2011) em seu ponto de vista, com relação a nova modalidade de usucapião, entende por ser benéfico e apoia o instituto, para ele:

A nova categoria merece elogios, por tentar resolver inúmeras situações que surgem na prática. É comum que o cônjuge que tome a iniciativa pelo fim do relacionamento abandone o lar, deixando para trás o domínio do imóvel comum. Como geralmente o ex-consorte não pretende abrir mão expressamente do bem, por meio da renúncia à propriedade, a nova usucapião acaba sendo a solução.

Assim por esse ponto é acertado este artigo. Já que dá essa segurança a essa pessoa de assegurar esse bem. No entanto, há de se questionar, porque não estendeu esse instituto para aquelas famílias que moram na zona rural, sendo apenas urbano?

Deste modo o que se viu e que o legislado não foi isonômico, olhando apenas para os cidadãos que moram na zona urbana deixando de lado os que na zona rural mora.

De outro modo, é possível questionar, quanto a questão do abandono, de que modo deve se dar ?, pois é fator essencial e preponderante para aquisição e busca por esse direito. Além do mais e valido para todos os regime de bens?.

2.4 FATOS ENSEJANDORES DA POSSIBILIDADE DE USUCAPIR

Os termos art.1.240-A, do Código Civil vigente, não é claro com relação ao abandono, dizendo somente se o ex-cônjuge abandonar o lar por 2 anos. No entanto há questionamento, no que diz respeito quais seria os motivos do abandono. A respeito a doutrina, quanto os tribunais cuidaram de resolver a questão. Verdade é que tem-se entendido que tais motivos deve ser voluntário e motivado.

Para Tartuce, (2011, apud Borba e Estrowispy, 2015) uma das hipóteses descartada para arguir o usucapião familiar, seria usar o ato de violência de um ou de outro na constância do lar, com intuito de força sua retirada, ser expulso e ensejar o uso dessa ferramenta, pois assim não seria valido e não sendo cabível.

Enfatiza, Cruz (2013, apud Borba e Estrowispy, 2015) que o abandono deve ser justo. Indaga que deve ser discutido de quem seja culpa pelo abandono, pois não bastando apenas o abandono. Pois se faz necessário, avaliação e verificação de quem foi a culpa ou culpado por deixar o lar. Nesse sentido o juiz fica incumbido e fara todo esse juízo e sua aferição. Pois visto que tal situação deve ser justa.

Interessante é a explicação do autor (AMORIN, 2012,p.142) onde entende por não ser um justo motivo e não podendo se favorecer desse instituto:

Digamos que em um caso fático, uma mulher, que vem sofrendo violência de seu parceiro de lar cônjuge. Dado as circunstância, resolve sair de sua casa por esse motivo, para que não mais sofra violência e passados os dois anos sem comunicação judicial ou extra judicial. Aqui o abandono não foi culposo. Pois saiu com o intuito de ver a violência cessada. Nesse caso não havia motivo para a perda do lar, pois essa situação justificou sua saída.

Nessa mesma linha de raciocínio, é o entendimento do Tribunal Goiano, no qual afastou a possibilidade do cônjuge usucapir em caso de violência familiar. Segui abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR. ABANDONO DE LAR. NÃO OCORRÊNCIA. VALOR DA CAUSA. ESTIMATIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIO LEGAL. 1 - Não se pode cogitar de abandono de lar quando existente nos autos elementos de prova de violência doméstica. 2 - Sem conta que a "ratio legis" do art. 1240-A do Código Civil é a tutela da dignidade da pessoa humana, de modo a conferir àquele que permanece no lar o direito de aquisição da propriedade exclusiva do imóvel por intermédio da usucapião familiar. 3 - Assim, a expressão abandono de lar, a que se refere esse dispositivo legal, possui uma abrangência mais ampla, compreendendo ausência da tutela familiar. 4 - Verificado, pois, que a parte ré deixou o lar acompanhada de seu filho, também por este motivo fica afastada a hipótese de abandono de lar, tornando-se inadmissível a acolhida da pretensão aquisitiva por intermédio da usucapião familiar. 5 - À falta de um critério pacífico, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência acerca da atribuição do valor da causa na ação de usucapião, afigura-se razoável admitir o que foi atribuído na petição inicial, sobretudo quando a análise da matéria é feita somente na sentença, reduzindo as hipóteses de estabelecimento do contraditório. 6 - Fixados os honorários advocatícios em observância ao disposto no Código de Processo Civil, e no percentual mínimo, não há falar em violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido. (TJ-GO – Apelação.(CPC): 00899912420178090051, Relator: ROMÉRIO DO CARMO CORDEIRO, Data de Julgamento: 09/08/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 09/08/2019)

Conclui, (BORBA e ESTROWISPY, 2015), que deve haver o abandono, sendo este sem qualquer explicação seria o motivo justo:

Portanto caso um dos cônjuges saia da residência sem qualquer motivo, gerando o abandono pelo período de dois anos ininterruptos, nasce nesse momento para o outro cônjuge o direito integral sobre o imóvel. O cônjuge ou companheiro que visa evitar a perda do bem, deve propor ação de divórcio cumulado com pedido de partilha justificando os motivos pelos quais deixou o lar conjugal bem como que pretende partilhar

o imóvel de acordo com o que lhe assegura a lei, tomando esta providencia

sempre antes que se complete o prazo aquisitivo de dois anos, quando não haverá mais remédio para os que negligenciarem, pois a lei, não socorre os que dormem.

2.5 CRÍTICA A NÃO CONCESSÃO DA USUCAPIÃO FAMILIAR RURAL

É elogiável esta nova modalidade de usucapião, que concede a possibilidade do cônjuge, que foi abandonado por 2 anos, reaver para si o bem imóvel, porém mais um vez aqui se faz necessário, citar novamente o artigo mencionado. Vejamos:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º - O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Analisando acima, percebe-se que esse novo instituto abarca somente as pessoas que moram na cidade ou seja a zona urbana. Deixando de lado os cidadãos que residam na zona Rural. É sabido que esses fatos relacionado a abandono de lar não acontece somente nas metrópoles, mais também naquelas famílias que vivem no campo ou zona Rural. Ai observa-se que o legislador for omissis, quanto a esse fato, não sendo nenhum pouco isonômico, pois deveria ser estendido a estes cidadãos também.

Sobre esta questão, avalia Silva, (2013, apud BORBA e ESTRAWISPY, 2015) seu posicionamento é crítico aduzindo que:

Contudo, o mesmo não pode se dizer da exclusão do imóvel rural como objeto da Usucapião Pró-Família. A localização do domicilio de uma pessoa não é critério justificativo para tratamento diferenciado. Neste sentido, os efeitos do abandono são os mesmos independente

da localização do imóvel em que ficou residindo o abandonado. Quiçá não sejam mais gravosos na zona rural onde as relações sociais mais próximas favorecem que a pecha de abandonado passe a integrar de forma pejorativa a identidade social do que permaneceu no imóvel. Além disso, no Brasil, os índices de baixa escolaridade e alta pobreza são mais acentuadas na zona rural gerando entraves ao acesso à Justiça e a efetivação de direitos.

Compartilhando com o mesmo entendimento do autor acima, entende-se, pela sua concessão desse importante instituto, as pessoas que na zona urbana mora, já que muito são os problemas vivido por elas.

Para Amorin (2012), entendi que quando fora criado esta lei no âmbito do programa minha casa minha vida, foi para a proteção do lar do cônjuge que fora abandonado. Como este programa é na zona urbana, o motivo seja este, já que o programa habitacional referido é na cidade, por isso deixou de fora as pessoas que moram na zona rural. Contemplando somente os que na cidade moram.

2.6 QUANTO A PROPRIEDADE E O REGIME DE COMUNHÃO DE BENS

No que diz respeito as modalidades de regime de bens no direito brasileiro, são elas o regime universal, o parcial e separação total de bens. Normalmente quando há separação do cônjuge é observado os regimes acima seja em união estável ou casados. Porém no que diz respeito a usucapião familiar, com relação ao regime, caso a comunhão seja universal ou parcial o lar efetivamente faria parte podendo ser usucapido, agora no que diz respeito ao regime de separação total de bens é que reside o problema em caso de a pessoa que abandonou o lar seja a possuidora do lar, pois aqui lá ficou não seria coproprietária do bem.

Nesse sentido a doutrina tem divergido, pela possibilidade ou não de usucapir, parte entendendo que não já que não coproprietária, já de outra banda entendem que sim já que independente dessa questão cumpriu os requisitos do artigo.1240-A, do código civil, sendo o regime de bens irrelevante nesse caso.

Contextualizando a questão (ALVARENGA e EDWIRGES, 2015), entendem que:

Quanto ao regime de *separação convencional de bens*, no qual os nubentes optam pela incomunicabilidade total de bens, o imóvel poderá ser passível da usucapião por abandono de lar, caso o imóvel tenha sido adquirido por ambos os cônjuges, pois, dessa forma, esse bem se comunicará, segundo a Súmula

nº. 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Nesse caso, inexistente a comunhão; no entanto, existe o condomínio do bem e, por essa razão, se enquadra na referida modalidade de usucapião.

Já para (IBDFAM) compreende, não ser possível no contexto fático, vejamos:

“Os requisitos objetivos ou reais, por sua vez, dizem respeito ao objeto da usucapião familiar, que vem a ser a meação de imóvel urbano pertencente, em condomínio ou comunhão, à parte que abandonou o lar. A usucapião conjugal exige a co-propriedade do bem, ou seja, o imóvel usucapiendo deve obrigatoriamente pertencer a ambos os parceiros conjugais, por força de condomínio tradicional ou do regime de bens do casamento ou da união estável. Se o bem pertencer com exclusividade ao cônjuge que abandonou o lar, descabe a invocação da usucapião conjugal”,

Portanto avalia-se quanto ao regime de bens e sua influência na usucapião não entendimento na doutrina a respeito. Também observa-se que a jurisprudência ainda não se manifestou quanto a questão.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto, quanto ao conceito avalia-se que é a maneira originária e legal para adquirir a propriedade pelo possuidor desse bem. Onde busca o reconhecimento para que seja o legítimo proprietário.

No ano de 2011, surgiu uma nova espécie, que foi introduzido no código civil, dispondo no Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011) § 1º - O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Assim analisando acima, este trabalho científico, teve como tema discorrer sobre essa nova modalidade e suas nuances advinda da mesma. Ao longo do trabalho foi abordado, um breve histórico e conceito do instituto. Mais adiante sua

previsão no ordenamento jurídico brasileiro e por principal a usucapião familiar por abandono do lar.

Ao analisar o tema levantou-se questões importantes como quais os fatos ocorrido por abandono poderia ser arguida a usucapião? Notou-se que os motivos e fatos devem ser justo, ou seja o abandono por vontade própria do ex- cônjuge. Ainda no caso de ter deixado o lar por motivo de violência doméstica, que é o típico caso de muitas mulheres, isso não seria valido, já que o motivo de sua saída do lar foi justificado pela violência, saindo do lar como a forma de defesa e evitar coisas piores, assim não podendo o cônjuge que está com a posse do lar, arguir esse instituto.

Fora discorrido sobre a questão da não concessão, para os cidadãos que moram na zona rural, o que se viu foi que o legislado concedeu apenas para as pessoas que mora na zona urbana, sendo como justificativa é que adveio do programa habitacional minha casa minha vida é implementado somente na cidade. Nesse ponto percebe-se que o legislado não foi isonômico, concedendo apenas a quem na zona urbana mora. Assim desprestigiando as demais pessoas que ali não residem, pois é perceptível que neste locais mais distante da cidade acontecem muitos descasos nesse sentido, e as condições que as pessoas vivem muitas vezes não são tão boa quanto morar na cidade. Portanto deveria sim ser concedido para estes.

Outro ponto a ser abordado é quanto ao regime de comunhão de bens, uma vez que há divergência nessa questão a depender do regime, pois é sabido que existe alguns como união parcial bens, universal e separação total, o problema reside nesse último, pois ainda não há um consenso na doutrina e nem na jurisprudência a respeito. O que se questiona é se mesmo tendo o regime de separação total, abandonando o lar poderia perder o imóvel? Assim a doutrina se diverge entre sua possibilidade ou não. A meu ver penso que embora o regime de bens tenha sido esse, independente disso, como houve o convívio no mesmo lar, ambos a possuíram por esse período, entendo cabível, já que do mesmo modo o cônjuge que ali reside detém a posse, ainda sendo abandonada sem qualquer explicação, nesse contexto vejo sendo valido e o interprete só iria cumprir o que está ali na lei descrito.

Portanto conclui-se que a meu ver que essa modalidade de usucapião o legislador foi feliz em cria-lo, já que vem fazer justiça a diversas famílias que são abandonada e esquecidas pelo cônjuge, sem a menor sensibilidade, já que em vários casos, a família abandonada muitas vezes carrega consigo enormes responsabilidade com filhos, alimentação, trabalho e dentre outros fatores. Assim, sendo justo este instituto e reconhecimento dessa propriedade.

4.REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. EDWIRGES, Elaine. Artigo: **a usucapião por abandono do lar: lei n.12.424 de 2011**. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download>. Acesso em agosto de 2020.

BORBA, felini Josiane de. ESTROWISPY, Rhubia de Lemos. **A usucapião especial urbano por abandono do lar conjugal**. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/juridico/article/download/817/399>. 2015. Acesso em agosto de 2020.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL: disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. acesso em agosto de 2020.

CÓDIGO CIVIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. julho de 2020.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Lumen Juris. Rio de Janeiro.2009.

CIRILO, Julio Cesar Ferreira. NASCIMENTO, fabiano noqueira. **As bases jurídico-históricas do instituto da usucapião no sistema romanístico**. 2018. Disponível em: revista.uemg.br/index.php/direitoecidadania/article/download. Acesso em julho de 2020.

DONIZETTI, Elpídeo. **Curso didático de direito processual civil**. Atlas Gen Jurídico. São Paulo.2016.

GOMES, Orlando. **Livro didático de Direitos reais**. Forense, rio de janeiro. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6295/Usucapi%C3%A3o+Familiar%3A+o+explica+o+que+%C3%A9+preciso+para+caracteriz%C3%A1-la%3F> 2017. Acesso em julho de 2020.

JURISPRUDÊNCIA. Recurso de apelação. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742816445/apelacao-cpc-899912420178090051?ref=serp>. Acesso em julho de 2020.

NUNES, Pedro. **Da Usucapião**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIBONI, Ana Carolina. **A usucapião surgimento e conceito.** Disponível em: <https://anaoliboni.jusbrasil.com.br/artigos/188247389/usucapiao-conceito-natureza-juridica-e-origem-historica> .2015. Acesso em agosto de 2020.

VADEMECUM. Saraiva. São Paulo. 2019.

TARTUCE, Flávio. **A usucapião familiar.** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820005/a-usucapiao-especial-urbana-por-abandono-do-lar-conjugal> 2011. Acesso em agosto de 2020.

NOTAS:

[1] Rubens Alves da Silva. Professor orientador da ULBRA-MANAUS.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET

NAJLA DE FARIA SANTIAGO:

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - Bacharelada em direito - 10º período - Guaçuí/ES

LUCIANA VALVERDE MORETE[1]

(orientadora)

RESUMO: A internet no atual contexto da sociedade contemporânea tem contribuído de diferentes formas para as inovações nas áreas sociais, culturais, econômicas, política e jurídica disseminando informações, rompendo as barreiras culturais e dessa forma ampliando a participação do Direito e da responsabilidade dos possíveis atos praticados contra os usuários. A pesquisa investiga os provedores de internet e seu grau de responsabilidade civil por atos de usuários de seus sistemas informáticos. Subsidia a pesquisa o método de pesquisa instrumental sociojurídica e a pesquisa bibliográfica tendo por base revistas especializadas no assunto, livros, teses, dissertações, dentre outros. conclui-se que apesar dos avanços ocorridos os riscos podem acontecer e os provedores necessitam assumir suas responsabilidades e responder civilmente pelos seus atos.

PALAVRAS-CHAVE: Provedores. Responsabilidade civil. Usuários.

1. INTRODUÇÃO

A internet se transformou numa realidade na sociedade mundial, abrindo espaços para novos saberes e informações, criando uma nova forma de conceber o conhecimento e a maneira do homem se relacionar com ela. A nova configuração, fruto da revolução tecnológica e da explosão da comunicação, chamada de sociedade da Informação, estabeleceu uma nova forma de vida, com mais dinamismo, propiciando a todos acessos irrestritos de conhecimentos e hábitos culturais que direcionam a criação de um único povo, uma única sociedade mundial. Evidentemente com limitações e diferenças que variam de acordo com a cultura, política e desigualdades financeiras de cada país.

A certeza é que as redes computacionais, que permitem a comunicação entre pessoas em diversos lugares do mundo, se apresentam hoje como uma enorme evolução no relacionamento social e, por via de consequência, se constituem numa grande revolução técnica que derivou do âmbito puramente fático para o jurídico. A rede mundial de computadores, internet, atualmente é uma realidade inquestionável,

e possibilita a constituição de relações perfeitamente abrangíveis pelo universo jurídico.

Os atores e intermediários ainda não sabem quais são as condições e obrigações que devem seguir para escapar de eventual responsabilidade civil por conteúdos e atos originados de terceiros. Os debates em torno da responsabilidade civil ganharam espaço e afligem os juristas, não no sentido de alterar a concepção dos institutos da responsabilidade, mas sim em como aplicá-la nesse meio notável de comunicação.

Como no Brasil a regulação específica é recente, sendo muitas as ramificações da rede, isto é, o número de atores e intermediários é extenso, a pacificação da matéria pode demorar bastante, devendo o sistema jurídico servir de suporte e de resposta a inúmeros problemas oriundos da responsabilidade civil dos fatos jurídicos decorrentes do uso da internet. Sem regra direta a um fenômeno, ou havendo regra com muitas exceções, como no caso do marco regulatório da internet (Lei nº 12.965/2014 e seu respectivo regulamento), o arcabouço do sistema jurídico é a fonte na qual deve abeberar o intérprete para solucionar os problemas que lhe são submetidos.

Nesse ponto, o operador do Direito deve buscar, no manto jurídico, solução para conflitos sequer pensados pelo legislador, eis que é senso comum a realidade andar em velocidade superior ao processo legislativo, sempre caminhando a reboque dos fatos e da inovação tecnológica.

O Código Civil brasileiro, aprovado em 2002 e em vigor desde 2003, fruto de demorado processo legislativo, veio com na pretensão de ser um marco no sistema jurídico brasileiro ao substituir a vetusta legislação, mas sem atenção devida por parte do legislador aos problemas jurídicos advindos com a internet. Não obstante o descuido legislativo, proposital ou não, o Parlamento brasileiro soube captar a necessidade de dotar o novo Código Civil, como lei geral, com comandos suficientemente abertos, a permitir a função criadora do intérprete, abandonando o positivismo exagerado, fator de engessamento do Direito.

Ao lado do Código Civil, encontra-se o Código brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC), que devido à época de sua concepção, não dispôs de maneira específica sobre os fatos jurídicos advindos do Comércio Eletrônico e dos serviços prestados por provedores de internet aos seus usuários.

A constatação de que o desenvolvimento tecnológico não podia ser regulado apenas pelas regras gerais do Código Civil, com suas normas, tidas como flexíveis e de caráter principiológico, sem normas específicas para disciplinar as ocorrências do

mundo digital, notadamente de quais seriam os deveres jurídicos impostos aos prestadores de serviços em internet, levou o Poder Legislativo a editar norma específica: o Marco Regulatório da Internet, Lei nº 12.965/2014, regulamentada pelo Decreto nº 8771/2016.

No caso brasileiro, a experiência demonstrou que a ausência de uma intervenção legislativa, de modo a tornar claros os deveres impostos aos intermediários técnicos, causa decisões contraditórias, umas por puro desconhecimento dos meandros técnicos envolvidos, outras por aplicarem de forma cega uma legislação não pensada para o meio online, outras ainda, por preconceito com a novidade.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a atividade técnica dos provedores de internet e seu grau de responsabilidade civil por atos de usuários de seus sistemas informáticos.

A pesquisa justifica-se a partir do momento que aprofunda no tema que é vasto, procurando conhecer o contexto histórico que sugere o marco Civil da Internet, seus objetivos e aplicação na sociedade brasileira. Torna-se importante uma investigação e análise das perspectivas de regulamentação no direito brasileiro.

Subsidiará esse trabalho o método de pesquisa instrumental sociojurídica e a pesquisa bibliográfica tendo por base revistas especializadas no assunto, livros, teses, dissertações, dentre outros.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Com o desenvolvimento da tecnologia nas últimas décadas e a massiva comercialização de dispositivos que propiciam o acesso à rede mundial de computadores, esta se popularizou de tal modo que a necessidade de proteção do cidadão no uso dessa ferramenta ficou latente. No auge dessa massificação de terminais conectados, fato incontestado em nossa sociedade, verifica-se, preliminarmente, que a liberdade de expressão, princípio fundamental do MCI (Marco Civil da Internet, decorrente do seu pressuposto constitucional, art. 5º, IV, IX e X, da Constituição Federal de 1988, compreende instituto a ser tutelado, dadas as suas devidas limitações materiais e formais.

Há de se considerar fatores como a supranacionalidade da rede mundial, que transcende fronteiras, bem como aspectos fundamentais de direitos humanos, qual seja a sua garantia, dada a necessidade de segurança pública. Nesse sentido, surge o caso Edward Snowden em 2013, quando o respectivo agente da NSA (Agência de Segurança Nacional Americana), replicou na rede mundial de computadores diversos

documentos sigilosos, fruto de espionagem dos Estados Unidos da América (LEMOS, 2014).

Tal fato acirrou a discussão acerca dos limites que circundam o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade quando se tem como meio de estabelecimento de comunicação a rede mundial de computadores, além de outras questões inerentes à matéria. Desse modo, em vez de tratar de uma regulamentação sob o enfoque criminal, vislumbrou-se a possibilidade de constituir os direitos e liberdades civis, de modo que ficassem de acordo com o que estabelece a Constituição Federal de 1988.

Com isso, mediante participação do governo, principalmente com auxílio do Ministério da Justiça, a partir de 2009, com participação da sociedade civil, por meio de um processo de consulta, foi erigida uma alternativa legislativa ante outras alternativas que tipificavam crimes, sendo aquela instituidora de direitos civis e um amplo rol de princípios que coadunam o instrumento legal com os princípios previstos na Carta Magna.

Nesse contexto, trata Lemos (2014, 121):

(...) petição online conseguiu alcançar rapidamente mais de 150 mil assinaturas. O barulho da mobilização foi ouvido pelo Congresso Nacional e pelo governo. Foi aí que decolou a ideia do Marco Civil da Internet. Em vez de tratar da regulação da internet criminalmente, o passo natural, seguidos por diversos outros países, seria primeiro a construção dos direitos civis na internet.

Dessa forma, em debate rigoroso com a sociedade é que foi elaborado o projeto do Marco Civil da Internet. Com o envolvimento de diversas instituições públicas, além da própria sociedade civil, obteve-se o texto da Lei de n. 12.965, de 23 de abril de 2014[2], que entrou em vigor em junho do mesmo ano.

Primordialmente, como fundamento, o Marco Civil (MCI)[3] determina o respeito à liberdade de expressão, considerando tal princípio derivado de seu similar pressuposto constitucional previsto no art. 5º, IV da Constituição Federal de 1988 (CF/88). No rol taxativo de seus fundamentos, o legislador considerou por bem destacar tal princípio dos demais, sendo o único a constar no caput do art. 2º do MCI, dada sua importância central.

Além do fundamento central da liberdade de expressão, outros seis embasam a matéria, os quais serão detalhados a seguir: o reconhecimento da escala mundial

da rede, que considera a sua extraterritorialidade; os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, haja vista que um dos objetivos da lei é justamente a proteção aos direitos humanos; a pluralidade e a diversidade, dada a multiculturalidade do público da rede mundial de computadores; a abertura e a colaboração, que propõem uma maior integração entre todas as entidades que participam do desenvolvimento e inovação da internet, principalmente integração entre as tecnologias utilizadas na rede.

Para a construção da lei nº12.965/14, seguiu-se os passos de outros países, onde foram elaborados primeiramente os direitos e liberdades civis que serviriam de base para o uso da internet, deixando o aspecto criminal e punitivo para leis posteriores. O Ministério da Justiça, juntamente com um grupo de professores da Fundação Getúlio Vargas, ficou incumbido dessa tarefa. Eles desenvolveram uma estratégia inovadora e pioneira de democracia expandida, utilizando a própria rede para a criação do texto legislativo. A partir de uma plataforma digital colaborativa (www.culturadigital.org/marcocivil) e de uma chamada pública, foram realizados debates e a redação do Marco Civil (SOUZA, 2014).

De acordo com Klee (2014), outro fundamento muito importante compreende a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, que apoia um mercado livre, com a proteção do usuário contra o abuso do poder econômico e a do consumidor contra possíveis excessos. Como último fundamento foi estabelecida a finalidade social da rede, uma vez que o objetivo final da internet que é a interligação de milhares de terminais, possibilitando a comunicação entre dispositivos em qualquer parte do mundo.

Segundo Leite e Salomão (2014), quanto aos princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil determina o MCI: a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º; a proteção da privacidade; a proteção dos dados pessoais, na forma da lei; a preservação e garantia da neutralidade da rede evitando assim bloqueio, discriminação por velocidade (negativa-redução) ou discriminação por velocidade (positiva-aumento), discriminação por preço (negativa-tarifação adicional) ou positiva (positiva-redução de tarifas); a preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede por meio de técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; a preservação da natureza participativa da rede que consagra a inclusão; e, por fim, a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos na Lei do Marco Civil.

Faz-se importante salientar que o rol de princípios estabelecidos no Marco Civil brasileiro, ao contrário do rol de fundamentos, não é taxativo, e não exclui outros previstos no ordenamento jurídico brasileiro ou tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário[4].

Para tratar da temática da responsabilidade civil no contexto da legislação brasileira, julgamos necessário uma breve descrição sobre o surgimento da responsabilidade civil referente ao uso da internet, fazendo uma contextualização histórica de seu surgimento nos Estados Unidos da América (EUA), passando pela responsabilidade civil no *Communications Decency Act* (CDA), que representa a legislação americana que trata das comunicações e do Direito Comunitário.

Seguramente foi nos EUA que surgiram os primeiros processos judiciais envolvendo o uso da internet, no que se refere à responsabilidade civil, o que é plenamente justificável. Além de ter sido o berço de criação da rede, foi o primeiro país onde a internet começou a ser utilizada em grande escala, tendo estado intimamente envolvido no desenvolvimento desta rede informática.

Conforme aponta Binicheski (2011), a intervenção pontual do legislador americano, no plano federal, buscou tratar das relações jurídicas advindas dos usos da internet, destacando-se diretamente os textos normativos dos estatutos (leis) do *Communications Decency Act* (CDA) e do *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). Os textos legais referidos particularizam as diferentes responsabilidades dos atores técnicos em função das atividades verdadeiramente exercidas.

O sistema jurídico norte-americano, ao tratar em distintos diplomas legais as questões de responsabilidade, no sentido de orientar a aplicação e a resolução dos conflitos originados pela Sociedade da Informação, restou conhecido como sistema vertical. Dessa forma, o CDA atua imunizando o provedor por ações civis quando estiver subsumido à atividade de intermediário, pouco importando o conhecimento real (actual knowledge) ou presumido (constructive knowledge) dos conteúdos tidos como danosos à esfera de outrem (KLEE, 2014). Ao provedor não cabe nenhum dever de agir, seja a priori ou a posteriori, restando ao prejudicado apenas buscar responsabilizar o real infrator.

A eventual responsabilidade somente poderá ser encontrada se o conteúdo ou a informação forem do próprio provedor de internet (Information Content Provider (ICP), hipótese de responsabilidade de acordo com as regras gerais. Cuidando apenas da proteção ao copyright (direito autoral), a legislação do *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) estabelece dever de agir aos provedores de internet tão logo obtenham o conhecimento real ou presumido do material questionado, instituindo um sistema de notificação e de retirada, sem necessidade

de obter uma ordem judicial direta de remoção ou de bloqueio, ou seja, a imunização por responsabilidade civil resta garantida apenas quando o ISP (Internet Service Provider), atua expeditamente no sentido de remover ou bloquear os conteúdos questionados (BINICHESKI, 2011).

De acordo com Mattelart (2008, p. 89):

No sistema jurídico dos Estados Unidos, a quase totalidade das regras legais da responsabilidade civil está baseada na common law, ou seja, a decisão judicial faz o direito (regra do precedente), e está baseada na ideia de proteger a reputação de um indivíduo em sua comunidade. Na Europa foi realizada a Conferência Ministerial Global Information Networks: Realizing the Potencial (Bona, de 6 a 8 de julho de 1997), ocasião de formulação de diversas recomendações acerca do comércio eletrônico no espaço europeu e na cooperação internacional, culminando com o entendimento de adotar critério geral de desresponsabilização dos intermediários (fornecedores de rede e de acesso) e de afastamento de dever de controle dos conteúdos armazenados por esses intermediários.

No Brasil, a responsabilidade civil dos provedores de internet se dava pela aferição das normas atinentes ao regramento conferido pelo microsistema disciplinador do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e aos pressupostos encontráveis no atual Código Civil. O sistema do CDC repousa fundamentalmente na responsabilidade objetiva, fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, com padrão semelhante no novo Código Civil, de 2002. Neste, porém, os critérios gerais de responsabilização subjetiva são mantidos (CAVALIERI FILHO, 2012).

Enquanto que em sede de Direito Comparado a adoção de responsabilidade objetiva ou pelo risco do empreendimento resta afastada em face da atuação dos provedores de internet quando agem na condição de intermediários técnicos e superada qualquer discussão, entre nós significativa doutrina e jurisprudência sustentavam a adoção de responsabilidade objetiva ora buscando apoio nas disposições do CDC, ora nas regras gerais do Código Civil, adotando como parâmetro a hipótese de atividade perigosa ou de risco.

Para Montenegro (2003), grande defensor da incidência do CDC, havia pretensão de imputar solidariamente ao provedor de serviços em internet o dever de ressarcimento por todo e qualquer dano causados pelo uso da rede, com a adoção

da responsabilidade objetiva. Muitas decisões pecaram (e ainda pecam) pela ausência de analisar as excludentes do dever de indenizar.

Havia uma presunção simplista, que ainda é sustentada por muitos, de que os serviços prestados pelos provedores de internet configurem uma atividade de prestação de serviços, portanto, inserido na condição de fornecedor, e qualquer um que venha a aceder ao meio digital está na condição de consumidor *bystander* (espectador), na dicção do artigo 17 do CDC, todas as vítimas do evento são consumidores, considerando o meio online como atividade de risco.

A adoção pura e simples dessas posições constituiria obviamente uma responsabilidade sem limites, e tornar os provedores de internet responsáveis por toda e qualquer ocorrência que causasse consequências danosas, mesmo que decorrente de atos ou fatos de contratados ou terceiros, uma temeridade. Por seu turno, os tribunais brasileiros decidem com a adoção de diferentes critérios, conflitantes com outros tribunais, e em alguns casos, até com dissenso no próprio tribunal ou turma.

No Brasil segundo aponta Simão Filho (2007, p. 49):

As decisões judiciais vez por outra estão conferindo espécie de responsabilidade ilimitada aos intermediários técnicos, seja na aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou nas disposições do novo Código Civil, o que demanda um olhar atento aos precedentes encontrados e uma análise crítica sob diversos pontos.

Como ponto de partida deve ser analisado se os fatos praticados por terceiros no meio online utilizando os serviços prestados pelos intermediários técnicos provedores de serviços em internet, impõem a adoção das regras do CDC aos provedores. Também deve ser dirimido se é o caso de reconhecer a atividade desenvolvida pelos provedores de internet como de risco empresarial, em face dos serviços postos em circulação, submetidos a um padrão de responsabilidade objetiva ou a um regime de responsabilidade subjetiva.

No que diz respeito ao regime de responsabilidade civil objetiva e o CDC, não há dúvida da incidência direta do CDC àqueles atores da internet que realizam, de modo profissional, fornecimento de produtos e serviços ao mercado de consumo, o chamado Comércio Eletrônico. Para que isso ocorra, devem estar presentes os pressupostos de fato e de direito a permitir tal aplicabilidade, notadamente naqueles casos em que o provedor de internet atua diretamente na relação

consumerista, seja vendendo determinado produto, seja disponibilizando conteúdo próprio (MARQUES, 2010).

Essencialmente, existe alguma incompreensão das várias atividades prestadas por um provedor de serviços em internet, muitas das vezes sendo confundidas atividades meramente técnicas com questões pertinentes ao comércio eletrônico. Porém, em muitas situações, a atividade prestada pelo provedor de internet consiste basicamente na colocação do acesso do usuário em rede ou na disponibilidade de espaço em seus sistemas para que interessados coloquem seus conteúdos ou informações, sem qualquer relação direta ou indireta com seus próprios conteúdos.

Segundo aponta Podestá (2005), outra discussão de importância diz respeito aos provedores que disponibilizam o acesso à Internet, sua responsabilidade quanto às informações acerca das origens dos ataques de hackers/crackers, casos de pornografia infantil e divulgação de atividades ilícitas na rede.

Segundo Marques (2010) a legislação do CDA busca distinguir, a partir do comprometimento com a informação, se o provedor deve ou não gozar da imunização, como se vê no tratamento dado como mero intermediário de materiais ofensivos armazenados, disponibilizados ou transmitidos por seus equipamentos, desde que providos por outro provedor de conteúdo Seção 230 (c) (1), afastando a responsabilidade editorial, e dizendo da responsabilização, quando estiverem subsumidos à categoria de *information content provider* Seção 230 (e) (3), dispondo que a pessoa ou a entidade são responsáveis, no todo ou em parte, pela criação ou o desenvolvimento de informações providas pela internet ou qualquer outro serviço de computador interativo.

Existem interpretações demasiadamente extensivas aos dispositivos do CDC, dando por responsáveis os prestadores intermediários, em sua função técnica, como se todo e qualquer evento ocorrido determinasse o dever de indenizar por prejuízos. Não se deve responsabilizar os provedores de internet, meramente porque atuam de alguma forma no mercado de consumo.

Vasconcelos (2014, p. 179) aborda:

Obviamente, não existe nenhum produto ou serviço totalmente seguro, e as regras de experiência comum demonstram que os bens de consumo sempre têm um resíduo de insegurança, que pode não merecer a atenção do legislador. O Direito só atua quando a insegurança ultrapassar o patamar da normalidade e da previsibilidade.

Mesmo antes da regulação, já havia quem defendesse que quanto os deveres exigidos dos provedores de internet, o fato das atividades desenvolvidas pelos intermediários técnicos em internet não estarem previstas explicitamente em nenhum diploma legislativo, de cunho obrigatório, fixando normas de conduta ou deveres a ser cumpridos, não significa necessariamente que estão imunes de qualquer responsabilidade por eventuais danos causados por terceiros, dado que a concepção de uma zona de *non-droit* está afastada (BINICHESKI, 2011).

O ideal de um lugar utópico, exclusivamente autorregulável, estabelecendo suas próprias normas de conduta e suas defesas, não vingou em outras ordens jurídicas, com complexas questões jurídicas existentes ao redor da responsabilização que deva ser atribuída aos diferentes atores. A ideia de uma responsabilidade objetiva, imputando ao provedor de internet o dever de reparar os danos ocorridos no meio, com base em pretensas interpretações teleológicas ou em analogia aos tradicionais meios de comunicação, além de ser indesejável ao desenvolvimento da própria internet, deve ser vista como tentativa de aplicar regras de outra época, pensadas para outras técnicas, em outros contextos.

Tomando como parâmetro a ideia de eventual responsabilização pela culpa aquiliana, é necessário vislumbrar os deveres dos provedores de internet em sua função de intermediário, se e quando passa a gerar um dever de agir, a priori ou a posteriori, com base nas presunções de conhecimento da ilicitude, do caráter manifesto, necessidade de uma ordem judicial etc., e como aplicá-los com base em nosso sistema jurídico. Nessa vertente, colhe-se em sede de Direito Comparado a intervenção legislativa diante das decisões conflitantes e perturbadoras ao desenvolvimento da internet, para estabelecer previamente quais eram as normas de conduta (deveres) inerentes aos intermediários técnicos que, uma vez cumpridas, configurariam a inexistência da responsabilidade, os chamados *safe harbors* (portos seguros) (MARQUES, 2010).

Observa-se que um tempo atrás, como o legislador ainda não tinha editado comando normativo, os tribunais estavam decidindo das mais variadas formas, lembrando algumas decisões primitivas orientações da jurisprudência alienígena, enquanto outras buscavam orientação na doutrina e se baseavam na realidade técnica, cujo brocardo *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém é obrigado a ser impossível) parece ter tocado os juízes (ROHRMANN, 2005).

Devido à postura não-intervencionista do governo na internet, antes da aprovação do Marco Civil (lei nº12.965/2014), a situação no país era de ausência de regulamentação civil na área. Apesar de muitos serem contrários a criação de uma legislação, por acreditar que tal recurso traria uma restrição da liberdade, a ausência de leis criou uma insegurança jurídica. Muitos juízes e tribunais, por não possuírem

um norteador legal, decidiam baseados em suas próprias convicções, gerando inúmeras decisões judiciais distintas e contraditórias entre si. Embora vários projetos de lei preocupados em regulamentar a rede terem tramitado nas duas casas do Congresso desde 1995, poucos se transformaram em lei e foram incapazes de tutelar os direitos na internet de maneira satisfatória. Nesse sentido, diante da grande diversidade de relações que podem ser estabelecidas no mundo virtual, muitos foram os apelos de juízes de tribunais superiores, como o da ministra Nancy Andrighi do STJ, pedindo que o Congresso Nacional criasse uma legislação civil capaz de resolver os conflitos existentes (SOUZA, 2014).

Deixou-se claro, desde o início, que o Marco Civil teria como objetivo estabelecer uma legislação que garantisse direitos, e não uma norma que restringisse liberdades. Portanto, a regulamentação da internet deveria observar determinados princípios, a exemplo do respeito aos direitos humanos e a preservação da dinâmica da Internet, objetivando uma rede livre, aberta e democrática. A necessidade de um marco regulatório civil contrapõe-se à tendência de se determinar restrições, condenações ou proibições relativas ao uso da internet (SOUZA, 2014).

Nesse sentido, descreve Lemos (2014), que o texto legislativo foi exaltado por especialistas de vários lugares do mundo, despertando grande interesse internacional. Trabalhos acadêmicos, organizações internacionais e veículos da mídia vêm analisando há anos o Marco Civil, apontando-o como uma das leis mais avançadas da internet e modelo a ser seguido por outros países[5].

Depois, uma regra básica do direito é que somente a lei pode criar obrigações e, além disso, a atividade da hermenêutica possui seus limites no próprio ordenamento jurídico, não podendo ir além do próprio sistema. É imprescindível compreender que existem deveres intrínsecos às atividades por eles exercidas, quais sejam: utilizar as tecnologias apropriadas à atividade desenvolvida, conhecer os dados possíveis de seus usuários, manter as informações alocadas por tempo determinado ou determinável, porém, inexistem o dever de monitorar e de censurar conteúdos e informações disponibilizadas por seus usuários e terceiros, os quais também possuem direitos e garantias, até mesmo constitucionais, como a liberdade de expressão, bem como de informar às autoridades competentes os fatos ilícitos cometidos por usuário.

Quanto a indagação se existe o dever de vigilância preventivo no sistema brasileiro, o estudo dos sistemas comparados esclarece não existir um dever de vigilância preventivo atribuído aos intermediários técnicos, e no Brasil, tal questão ainda não está suficientemente esclarecida. Se por um lado alguma doutrina sustenta a inexistência de tal dever, propugnando a adoção das regras da responsabilidade

subjetiva, outros entendem justamente o inverso, no sentido de os serviços prestados configurarem uma atividade de risco, transferindo o ônus da fiscalização aos provedores, de forma que deveriam agir preventivamente para fiscalizar os conteúdos apostos e, nas falhas, seriam responsabilizados objetivamente, o que não seria possível de ser operado.

Segundo aponta Lemos (2014, p. 136):

A doutrina nacional converge em maioria na direção de se adotar um padrão subjetivo de responsabilidade, cabendo ao eventual prejudicado alertar ao intermediário técnico sobre a presença de material prejudicial inserto em seus sistemas, a fim de permitir constatar a exibição de mensagem ofensiva, tomando alguns caminhos.

A Lei 12.965/2014 preceitua:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Como se extrai do texto legal supratranscrito, no Brasil, os provedores de internet não podem mais ser responsabilizados por danos decorrentes de condutas de terceiros. Esta é a regra geral vigente. Entretanto, os dispositivos seguintes ao artigo 18 da referida Lei 12.965/14 enumeram algumas exceções, como a possibilidade de responsabilização civil em virtude de inércia após ordem judicial específica, observados os requisitos legais e técnicos,; e o não atendimento a notificação extrajudicial de participante de imagem contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, na forma do artigo 21.

Chamado a dirimir a questão, o judiciário não consegue adotar consenso jurisprudencial acerca de qual seria o padrão desejável de responsabilidade aos

intermediários dos serviços de internet; suas decisões variam em muito, causando insegurança jurídica.

A manutenção do padrão de exigência de um dever de agir preventivamente redundará em inúmeras demandas, pois não é nada imaginativo pensar que determinados indivíduos poderão agir de má-fé, seja inserindo dados falsos em sites de relacionamentos ou criando páginas pessoais, ao introduzir palavras-chave para associar conteúdo prejudicial a um determinado nome. A polêmica das *fake news*, divulgada amplamente pela imprensa, é um exemplo perfeito.

A exigência poderá prejudicar seriamente o desenvolvimento do meio, em virtude das indenizações imputadas aos intermediários técnicos como ocorre com os motores de busca, facilmente localizáveis e com as condições de arcar com os danos, a teoria do *the deep pockets*.^[6]

Também deve ser considerado que os aspectos técnicos denotam a impossibilidade de os provedores exercerem qualquer controle preventivo eficaz, para evitar a inserção de dados falsos em sites de relacionamentos, ou de os motores de busca saberem de antemão que determinada indexação causa prejuízos a terceiros, posto que operam de modo automático, varrendo o conteúdo disponibilizado no meio online (BINICHESKI, 2011).

Ademais, não é papel dos provedores de internet agir como polícia da rede, vigiando os passos de seus usuários, para evitar o cometimento de ilícitos, pois se assim fosse estabelecido, forçosamente deveriam tomar decisões de caráter editorial, agindo como juízes, decidindo o que poderia ser publicado, censurando pessoas e informações. Aliás, qualquer lei que viesse a estabelecer referida obrigação aos provedores de internet criaria um ônus excessivo e até impossível de ser cumprido eficazmente.

Observa-se que após a entrada em vigor do marco regulatório da internet, a jurisprudência evoluiu, através de ementas oriundas de acórdãos do E.STJ.^[7]

É necessário que os juízes observem o equacionamento dessas questões em sede de Direito Comparado, pois embora não vincule o julgador, serve de indicativo de como eventual decisão poderá refletir no meio sabidamente de alcance mundial. No que concerne o efeito das notificações no sistema jurídico brasileiro, a balança pedia um pouco mais para firmar posição de inexistir o dever de vigilância ativa imposta aos provedores de internet, apesar das vastas as posições divergentes. Todavia, com a edição da lei específica, vem sendo pacificada pelo Tribunais que não há dever de agir preventivamente, filtrando e selecionando conteúdos apostos por terceiros.

Além disso, ainda há que se ter em conta que parece não existir dúvida acerca da necessidade de agir a posteriori quando o provedor vier a tomar conhecimento da existência de conteúdos prejudiciais em seus sistemas; nesse passo, questões enfrentadas em sede de Direito Comparado também causam interrogações ao intérprete, notadamente se a mera notificação possui o condão suficiente para imputar um dever de agir ou se é necessário que exista ordem judicial para remover ou bloquear eventual conteúdo, sendo a legislação pátria bem específica sobre o tema.

O sistema estabelecido pelo CDA não foi adotado pelo Brasil, posto que o poder de decisão estaria em mãos do próprio provedor, baseada na ampla política da self-regulation. O provedor que, mesmo estando ciente de material prejudicial à honra de terceiros, não o retira, permanece imune de qualquer responsabilidade.

O dever de informar os dados dos usuários e o anonimato é uma questão amplamente debatida em sede de Direito. Nesse sentido, a legislação do CDA não contempla um dever expresso ao provedor de internet para revelar os dados, cabendo ao interessado voltar contra o usuário, utilizando de um intrincado processo judicial conhecido como John Doe, com extremas dificuldades impostas pelo sistema jurídico, aliviado no DMCA (subpoena) (BINICHESKI, 2011).

Em oposição, o sistema de Direito Comunitário tende a conferir o dever de revelar dados restritos a uma ordem judicial e a obrigação de atendimento às requisições das autoridades competentes, nos casos de crimes e de conservação dos registros. Vale mencionar que atualmente a maioria dos provedores de internet estão colaborando com os órgãos policiais do Estado brasileiro, disponibilizando os dados técnicos existentes em seus acervos, quando demonstrada a existência de crimes praticados por usuários com acesso a partir de conexões do Brasil (HAIKAL, 2014).

Conforme aponta Venosa (2011, p. 174):

O Google apresentava alguma resistência, embora na atualidade ele tenda a colaborar com as autoridades, notadamente pelo receio do espectro das ações promovidas para responsabilizá-lo, sob a alegação de dano moral coletivo causado à sociedade brasileira em face de a omissão injustificada estimular disseminação de pornografia infantil e da apologia ao ódio, como manifestações racistas contra negros e judeus, além de atos de discriminação por orientação sexual.

A inércia no cumprimento das medidas judiciais brasileiras guarda alguma semelhança com os primórdios da internet, justamente como no problema

verificado na Alemanha com a *CompuServe*. (Universo on line). Porém, o problema é de outra ordem, pois, naquele era exigido o impossível, impedir que os usuários alemães acessassem os dados existentes no provedor americano, enquanto que aqui o que se pede é o cumprimento das ordens emanadas da justiça brasileira, sobretudo no sentido de disponibilizar os dados do IP das máquinas de usuários brasileiros envolvidos em crimes punidos na maioria das ordens jurídicas, como os casos de pornografia infantil (BINICHESKI, 2011).

O que se pretende, e a jurisprudência brasileira abriga, é a submissão do provedor que presta serviços no Brasil, em caráter permanente, ao sistema jurídico nacional, e não algo absolutamente impensável, como a extensão da legislação brasileira ao espaço jurídico americano ou vice-versa. Não é demais predizer que os interesses econômicos em jogo ditarão as regras da solução, pois nenhum provedor de internet se arriscará à perda de um mercado em potencial como o caso brasileiro.

CONCLUSÃO

A temática que envolve os provedores de internet é bastante polêmica e teve melhoras a partir do marco regulatório - Lei 12.965 de 23/04/2014, cuja lei é considerada um avanço na sociedade atual pelo seu cunho de proteção e segurança ao cidadão que utiliza da internet.

O sistema jurídico brasileiro ainda não contempla expressamente a regulação de todos os aspectos relacionados às atividades desempenhadas pelos provedores de internet, até porque as tecnologias evoluem muito rápido, restando muito claro que alguns conteúdos específicos serão tratados com base no contrato de prestação do serviço e no regime jurídico específico e com base na legislação do Código de Defesa do consumidor, observadas as diretrizes do marco regulatório e as demais normas incidentes.

O estatuto de proteção ao consumidor (CDC) deve ser invocado apenas nos casos reais de uma relação de consumo e não por meramente o provedor de internet desempenhar uma atividade econômica. Se interpretada como atividade de risco, redundaria em um espectro de responsabilidade objetiva, inibidora do pleno desenvolvimento do meio, destoando do entendimento consagrado em outras ordens jurídicas.

A análise do sistema jurídico brasileiro permite inferir que o provedor de internet somente poderá ser responsabilizado em situação de conhecimento real e efetivo de um conteúdo cuja ilicitude seja manifesta ou nos casos de não atender a uma ordem judicial direta para sua remoção ou bloqueio. Logo, o padrão de responsabilidade passa pela capacidade, pelo conhecimento e pela inércia, tripé

necessário para dirimir as questões, notadamente em face da consagração da teoria da causa adequada no sistema civilista, propugnando pelo reconhecimento de responsabilidade subjetiva nos casos de conteúdos e atos originados de usuários em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINICHESKI, Paulo Roberto. **Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulamentação do direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Seção 1. p. 1-3.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Marco Civil da Internet: Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil**. – 2.ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 18.08.2020.

COPETTI NETO, Alfredo. FISCHER, Ricardo Santi. **A natureza jurídica dos direitos e das garantias dos usuários de internet: uma abordagem a partir do modelo jurídico garantista**. In: Marco Civil da Internet. Coordenadores George Salomão Leite, Ronaldo Lemos. São Paulo: Atlas, 2014.

HAIKAL, Víctor Auilo. Da significação Jurídica dos Conceitos integrantes do art 5º. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014,

KLEE, A. E. C. L. M. **Os direitos do consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito às informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços de internet**. in LEITE, George Salomão;

LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Ronaldo. SALOMÃO, George. **Marco Civil da Internet**. George Salomão, Ronaldo Leite (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014.

LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONTENEGRO, Antônio Lindeberg. **A internet em suas relações contratuais e extracontratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**: aspectos Jurídicos relevantes. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso e de Aplicação de Internet**: Evolução Jurisprudencial e os Impactos da Lei Nº12.965/2014 (Marco Civil da Internet). São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, C. A.; LEMOS, R. **Marco civil da internet**: construção e aplicação. V. 1. 1ª ed. Juiz de Fora: Editar, 2016.

VENOSA, S.S. **Direito civil responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VASCONCELOS, F. A. **Internet**: responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2014.

NOTAS:

[1] Professora Orientadora – FDCI. Especialização em Direito Civil e Processual, Ambiental e Urbanístico

[2] Distintamente de outros projetos de lei que foram debatidos no Congresso Nacional acerca da rede mundial de computadores, os quais tratavam basicamente da tipificação de crimes cibernéticos, o Marco Civil surgiu como um documento que representa a 'Constituição da Internet' no país. A lei nº 12.965/2014 estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, além de

determinar as diretrizes para atuação dos entes federativos no que concerne a matéria (LEITE; SALOMÃO, 2014, p. 82).

[3] 8 Art. 2.º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I- O reconhecimento da escala mundial da rede; II- Os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III- A pluralidade e a diversidade; IV- A abertura e a colaboração; V- A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI- A finalidade social da rede (BRASIL, 2014).

[4] Marco Civil da Internet materializa uma nova era de relações múltiplas e plurais tecnológicas relevantes neste contexto contemporâneo de informação, o qual redefine uma formação de inter-relações entre os protagonistas legitimados, Estado e sociedade, assegurados pelo Direito, tendo como fundamento o interesse público (PEREIRA, 2014, p.74).

[5] A repercussão da Lei teve proporções internacionais, fazendo com que o Brasil passasse a ser considerado o país pioneiro na regulamentação de uma "carta de direitos" para a Internet, como dito por Berners-Lee, diretor da World Wide Web Foundation. Além disso, a Lei nº 12.965/14 já serviu de inspiração para discussão do tema em outros países, inclusive impulsionando o projeto de lei elaborado pela Comissão de Direitos e Deveres Relativos à Internet do Parlamento Italiano, denominado Dichiarazione dei diritti in Internet⁶⁹ (declaração de direitos na Internet). (LEMOS, 2014, p. 147).

[6] Em 1916, o advogado britânico Thomas Baty escreveu que a doutrina, que ele chamou de uma "teoria deep-pocket", a teoria norte-americana do *deep-pocket*, segundo a qual todas as pessoas ligadas a atividades de risco que sejam, a um só tempo, rentáveis e úteis para a sociedade, devem compensar os danos causados pelo lucro obtido. Em outras palavras, o desenvolvedor da inteligência artificial, o fabricante de produtos que a utilizam ou mesmo quem apenas a explora em sua atividade, ou seja, qualquer um que tenha o "bolso profundo" e aufera lucro com essa nova tecnologia, deve garantir terceiros contra os riscos inerentes às suas atividades (COPETTI NETO; FISCHER, 2014).

[7] "AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDOR DE INTERNET. OFENSAS INSERIDAS POR ANÔNIMO NO SITE DE RELACIONAMENTOS ORKUT. RETIRADA DE CONTEÚDO OFENSIVO APÓS A NOTIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO.

PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte caminha no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor de conteúdo, pelo que não se lhe é aplicável a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor de conteúdo.

2. A responsabilidade civil do provedor de internet, em casos como este, é subjetiva, e considerando que não ficou caracterizada nenhuma conduta ilícita da ora agravada capaz de ensejar a sua responsabilização, pois a empresa retirou da internet as imagens/mensagens ofensivas em 3 (três) dias, assim que foi notificada, não merece reforma o acórdão recorrido.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1507782/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 03/03/2020)